

**WYROK**  
**z dnia 9 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - **B.G. Construction Sp. z o.o., PREF-BET Wytwórnia Mas Bitumicznych, Betonu i Prefabrykatów Sp. z o.o. z siedzibą w Wierzbicy** (Wólka Tarnowska 55, 22-150 Wierzbica) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Chełmski** (pl. Niepodległości 1, 22-100 Chełm)

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie** (ul. Krańcowa 7, 21-100 Lubartów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie oraz odrzucenie tej oferty;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Powiat Chełmski** (pl. Niepodległości 1, 22-100 Chełm) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - **B.G. Construction Sp. z o.o., PREF-BET Wytwórnia Mas Bitumicznych, Betonu i Prefabrykatów Sp. z o.o. z siedzibą w Wierzbicy** kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem: wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 19 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Chełmski w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę i przebudowę drogi powiatowej nr 18051- na odcinku Świącica — Czuczycze Duże oraz drogi powiatowej nr 1819L na odcinku Staw -Krobonosz - etap I”. Numer referencyjny: OG.272.1.54.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-627281.

Wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: B.G. Construction Sp. z o.o., PREF-BET Wytwórnia Mas Bitumicznych, Betonu i Prefabrykatów Sp. z o.o. z siedzibą w Wierzbicy (Odwołujący) podał, że niniejsze odwołanie zostało wniesione wobec:

1. nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy — Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie („PRDL S.A.”) w zakresie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji wyborze oferty PRDL S.A. jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu,
2. zaniechania odrzucenia oferty PRDL S.A. i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Wskazanym czynnościom wykonawca zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez PRDL S.A., pomimo że PRDL S.A. nie złożyła wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, PRDL S.A. nie udowodniła, że jej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co prowadzi do wniosku, że złożone przez PRDL S.A. potwierdzają, że cena oferty PRDL S.A. jest ceną nierealną, a w konsekwencji zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a oferta powinna zostać odrzucona.
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez PRDL S.A., pomimo że PRDL S.A. nie złożyła wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1

Ustawy Pzp, PRDL S.A. nie udowodniła, że jej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: (1) unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 7.04.2021 r.; (2) powtórzył badanie i ocenę ofert oraz dokonał powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (3) odrzucił ofertę PRDL S.A.; (4) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że (...) 1. *W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp.* 2. *Na skutek niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę zgodną z SIWZ, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Postępowaniu. W związku z nieprawidłową oceną oferty PRDL S.A w zakresie rażąco niskiej ceny, błędną oceną wyjaśnień tego wykonawcy w zakresie kalkulacji zaoferowanej ceny - oferta Odwołującego uklasyfikowała się na drugiej pozycji.* 3. *W przypadku uznania przez KIO zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności - Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe czyni zadość wymaganom do wniesienia niniejszego odwołania."*

W uzasadnieniu merytorycznym zarzutów wskazał w szczególności: (...)

1. Zamawiający w zupełnie bezpodstawny sposób uznał, że najkorzystniejsza w Postępowaniu jest oferta złożona przez PRDL S.A. Mimo, że wykonawca ten w żaden sposób nie wyjaśnił, a co ważniejsze nie udowodnił chociażby jednym dowodem lub wiarygodnym merytorycznym oświadczeniem, że zaproponowana przez niego cena ofertowa w wysokości 10 962 304,98 zł brutto, nie jest ceną rażąco niską.

2. Szacunkowa wartość zamówienia

(...), punktem odniesienia dla oceny oferty PRDL S.A., pod kątem rażąco niskiej ceny, jest szacunkowa wartość zamówienia, którą Zamawiający w Postępowaniu określił na poziomie 19 062 836,68 zł netto (co stanowi kwotę 23 447 322,33 zł brutto).

Odnosząc wysokość cen ofertowych poszczególnych wykonawców składających oferty w Postępowaniu do wysokości szacunkowej wartości zamówienia (...)

Z zestawienia tego wynika, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejszej (PRDL S.A.) wynosi zaledwie 46,75% szacunkowej wartości zamówienia — co oznacza, że wykonawca

ten, jako jedyny, zaoferował cenę o ponad połowę niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co do realizacji zamówienia za cenę wskazaną przez PRDL S.A. i wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1) Ustawy Pzp. Wszystkie oferty wykonawców złożone w Postępowaniu, odbiegały od ustalonej szacunkowej wartości zamówienia — dlatego Zamawiający prawidłowo skierował wnioski o do każdego z wykonawców. Nie mniej jednak, kwota wskazana w ofercie PRDL S.A. była najniższa ze wszystkich, najbliższą zatem było tej ofercie do odrzucenia i dlatego oraz ewentualne dowody tego wykonawcy uzasadniające taką właśnie niską cenę, powinny być szczególnie uważnie przez Zamawiającego zweryfikowane. PRDL S.A. w swoich wyjaśnieniach powinien dać gwarancję i zapewnienie Zamawiającemu, iż będzie on w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty i terminowy — czego zaniechał, a mimo to Zamawiający w sposób bezsprzecznie nieprawidłowy — dokonał tej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

### 3. Ceny pozostałych wykonawców

(...) punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej są również ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w Postępowaniu. Należy przy tym zauważyć, że ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

(...)

Również ww. zestawienie cen w Postępowaniu jest dowodem na to, że oferta złożona przez PRDL S.A. nosi znamiona rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz odbiega od pozostałych cen rynkowych wskazanych w ofertach.

Cena zaoferowana przez PRDL S.A. na tym poziomie jest ceną zdecydowanie nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, niepozwalającą na jego prawidłowe wykonanie z zapewnieniem realnego zysku. Złożenie oferty z tak niską ceną, jest ewidentnie sprzedażą robót budowlanych i związanych z nimi usług - znacznie poniżej kosztów ich wykonania co świadczy o złożeniu oferty rażąco niskiej, co więcej jako takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Dlatego też, PRDL S.A. powinien precyzyjnie wyjaśnić z jakich powodów cena oferty jest niższa od cen pozostałych wykonawców, podać konkretne okoliczności i dowody na ich potwierdzenie. Rolą Zamawiającego jest natomiast weryfikacja tak przedstawionych kalkulacji, jeżeli ich brak lub nie są wiarygodne — Zamawiający ma ustawowy obowiązek odrzucenia oferty, czego w Postępowaniu Zamawiający zaniechał.

#### 4. Wezwanie Zamawiającego i ciężar dowodu

Zamawiający pismem z dnia 11.02.2021 r. (załącznik nr 7 do odwołania), działając na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a Ustawy Pzp, wezwał PRDL S.A. do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, W treści wezwania Zamawiający podkreślił słowo „dowody” nadając im tym samym ważną rangę. Zgodnie z ww. pismem Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany był do wyjaśnienia powodów zaoferowania ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego ustawowe, czyli: oszczędne metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu, koszty pracy — których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz.U. z 2020 r., poz. 2207 ze zm.), wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, lub wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie tylko przytoczył podstawę prawną, ale wprost wskazał jakie elementy ustawowe muszą znaleźć się w wyjaśnieniach wszystkich wykonawców, oraz zaznaczył, że mają być one poparte dowodami. Należy zwrócić uwagę również na fakt, iż do wezwania z dnia 11.02.2021 r. Zamawiający dołączył kosztorys inwestorski z dnia 8.07. 2020 r. Oczywistym jest zatem, że intencją Zamawiającego było, żeby dokonać odniesienia się do technicznej i merytorycznej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia i w ten sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny prawidłowej kalkulacji ceny. Zamawiający ocenić miał więc cenę zaoferowaną przez PRDL S.A. stricte przez pryzmat złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień merytorycznych i księgowych, w świetle wymogów art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Ustawy Pzp i dowodów wskazujących na spełnienie tych wytycznych. PRDL S.A. był ponadto zobowiązany, nie tylko do wyjaśnienia, ale i udowodnienia, iż zaoferowana przez wykonawcę cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz iż zachodzą po stronie PRDL S.A. obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne zniżenie ceny oferty. Składając wyjaśnienia, PRDL S.A. powinna wskazać co spowodowało obniżenie ceny i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia powinny potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Należało również wykazać realny zysk. Istotnym jest, aby każdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, przedstawił Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające

wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Skoro źródłem informacji mają być wyjaśnienia od wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to, aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.

#### 5. Wyjaśnienia PRDL S.A.

PRDL S.A. nie przedstawiła ani konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień ani dowodów na potwierdzenie, iż cena jej oferty nie jest rażąco niska (...). Wyjaśnienia PRDL S.A., do których złożenia zobowiązana została PRDL S.A., sprowadzają się do następujących argumentów, które bardzo błędnej ocenie tego wykonawcy miały uzasadniać realność wskazanej przez niego ceny:

a) wieloletnie doświadczenie w budowie i remontach dróg administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Zarządy Dróg Wojewódzkich, Powiatowych oraz Miejskich, jak również administrowanych przez Gminy, a ponadto doświadczenie w robotach drogowych na terenie Powiatu Chełmskiego. W tym zakresie Odwołujący podkreśla, że doświadczenie w budowie i remontach dróg mają również pozostali "wykonawcy biorący udział w Postępowaniu — co zdaniem PRDL S.A. uzasadnione jest przedmiotem Postępowania i brakiem wykluczenia pozostałych wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w Postępowaniu - co w żaden sposób nie wyróżnia PRDL S.A. i nie może dowodzić temu, że zaoferowana przez PRDL S.A. cena nie jest rażąco niska — w tym zakresie Zamawiający zobowiązany był nie uwzględnić PRDL S.A. i odrzucić ofertę; W Postępowaniu biorą udział doświadczeni wykonawcy — nawet zdecydowanie bardziej niż PRDL S.A., a żadnemu z nich Zamawiający nie zarzucił niespełniania warunków udziału w Postępowaniu.

b) PRDL S.A. jako wykonawca robót drogowych znany jest w Powiecie Chełmskim, a jednocześnie znany jest samemu Zamawiającemu - w tym zakresie Odwołujący wskazuje, że nawet dotychczasowa współpraca pomiędzy dwoma podmiotami (w tym wypadku Zamawiającym i PRDL S.A.), nie może zagwarantować, iż zaoferowana przez PRDL S.A. cena nie jest rażąco niska i być wyznacznikiem prawidłowej realizacji zamówienia w Postępowaniu — w tym zakresie Zamawiający zobowiązany był również. uznać wyjaśnienia PRDL S.A. za niewystarczające, nie uwzględnić wyjaśnień PRDL S.A. i odrzucić ofertę;

c) cena zaoferowana przez PRDL S.A. nie odbiega znacząco od średniej arytmetycznej ceny obliczonej na podstawie cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu - PRDL S.A. wskazała jednak wprost, że jej cena ofertowa jest niższa jeszcze o ponad 17 % od średniej arytmetycznej ceny obliczonej na podstawie cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu, co biorąc pod uwagę, że inne ceny również odbiegały od budżetu Zamawiającego i budziły wątpliwości Zamawiającego, należy uznać za pusty argument, nie

mogący przesądzać o tym, iż zaoferowana przez PRDL S. cena nie jest rażąco niska — w tym zakresie Zamawiający zobowiązany był nie uwzględnić wyjaśnień PRDL S.A. i odrzucić ofertę tej spółki;

d) PRDL S.A. jest hurtowym odbiorcą i hurtowym dostawcą kruszyw drogowych dla całej Grupy Kapitałowej PRD Lubartów S.A., co pozwala uzyskać dosyć niskie ceny tych materiałów u kontrahentów, a niezbędnych do wykonania podbudów i nawierzchni z kruszyw. PRDL S.A. nie podał jednak w tym zakresie ani jednej wartości, wysokości rabatu czy poziomu oszczędności. Korzystanie z cen hurtowych przez przedsiębiorców nie jest niczym zaskakującym na rynku i inni wykonawcy również korzystają z takich rozwiązań (na co wskazują chociażby same wyjaśnienia złożone przez Odwołującego — objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), co nie może być wiarygodnym argumentem przesądzającym o tym, że zaoferowana przez PRDL S.A. całkowita cena wykonania zamówienia nie jest rażąco niska. W tym zakresie Zamawiający zobowiązany był uznać wyjaśnienia PRDL S.A. za niewystarczające i odrzucić ofertę tej spółki. Co więcej, PRDL S.A. pozostawiła swoje twierdzenia o stosowaniu cen hurtowych gołosłowne, nieudowodnione, pozostające jedynie samym oświadczeniem tego wykonawcy - zdania oświadczenia, umowy, promesy jakiegokolwiek innej spółki z Grupy Kapitałowej PRD Lubartów S.A. Jeszcze raz należy podkreślić, że PRDL S.A. nie wykazała i nie udokumentowała, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakiego rodzaju i w jakiej może to powodować oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia — tym bardziej argument ten nie mógł przekonać Zamawiającego o realności zaoferowanej ceny.

Kierując się właśnie takimi jedynie ogólnymi czterema argumentami, niepopartymi żadnymi dowodami, bez odniesienia się do ustawowych elementów wyjaśnień Zamawiający zupełnie bezpodstawnie uznał wyjaśnienia za wiarygodne, a ofertę PRDL S.A. za najkorzystniejszą.

6.c.d wyjaśnienia PRDL S.A.

Już na pierwszy rzut oka, widać, iż wyjaśnienia udzielone przez PRDL S. „A. nie odnoszą się w żadnym zakresie do ustawowych elementów, których wyjaśnienia żądał Zamawiający.

Przede wszystkim nie odniesiono się do kwestii wynagrodzeń pracowników i pracowników podwykonawców. Z oferty PRDL S.A. wiadomym jest również, że wykonawca ten będzie korzystał przy realizacji zamówienia publicznego z co najmniej dwóch podwykonawców i wskazał ich nazwy. W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny nie poruszono tej kwestii, ani nie przedstawiono jakichkolwiek ofert/umów/kosztów pracy podwykonawców.

7. c.d. wyjaśnienia PRDL S.A.

Dalej, wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do samych wytycznych art. 90 ust. 1 pkt 1-5 Ustawy Pzp, w tym m.in.: oszczędności, metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy itd., o których tam



mowa, powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. PRDL S.A. zaś tego w żaden sposób nie zrobiła.

Należy pamiętać, że do wezwania z dnia 11.02.2021 r. Zamawiający dołączył kosztorys inwestorski z dnia 8.07.2020 r. PRDL S.A. nie odniosła się nawet jednym zdaniem do tej technicznej i merytorycznej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia.

Dalej, PRDL S.A. nie wykazała okoliczności, które są tylko dla niej indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienie o podobnej skali i wartości. Ponadto, wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i przyzwoitego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (czego również nie ma w wyjaśnieniach PRDL S.A.). Podkreślił, że PRDL S.A. w wyjaśnieniach ogólnie powoływał się jedynie na cztery gołosłowne argumenty, które nie wyróżniają jej wśród innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, tj.:

1. „doświadczenie w robotach drogowych”,
2. „wykonawca znany w Powiecie Chełmskim”,
3. „cena niższa o ponad 17 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu”,
4. „hurtowy odbiorca i dostawca”

Z powyższych argumentów nie wynikają żadne konkretne informacje w zakresie kształtowania zaoferowanej ceny, nie wspominając nawet o jakimkolwiek dowodzie na ich potwierdzenie, np. w zakresie ceny zakupu konkretnych materiałów po cenach hurtowych.

W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był ocenić, że złożone wyjaśnienia są jedynie ogólnikowe i nieoparte dowodami, a tym samym odrzucić ofertę PRDL S.A. — bowiem tak stanowią przepisy o zamówieniach publicznych, a także ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Zamawiający nie ma dowolności decyzji w tym zakresie i nie mógł dokonać pozytywnej oceny wyjaśnień w sprawie ceny oferty PRDL S.A.3

8. Wyjaśnienia innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu Zamawiający powinien „zestawić” i porównać wyjaśnienia udzielone przez PRDL S.A. z danymi podanymi przez pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Chociażby przykładowo — Odwołujący złożył obszerne, prawie 100 stronicowe, wyjaśnienia, które odnoszą się do konkretnych elementów przedmiotu zamówienia i elementów składowych ceny własnej. Wyjaśniono takie elementy niezbędne do realizacji zamówienia jak: złoża piasku, wytwórnia masy bitumicznej, węzeł betoniarski, emulsja asfaltowa, sprzęt itd. Do wyjaśnień zostały przedstawione liczne zestawienia kosztów zakupu i transportu materiałów usług i robocizny (np. kruszyw, stabilizacji), a także oferty kooperantów. Podobnie zrobili pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu. Jedynie PRDL S.A. przedstawił hasłowe wyjaśnienia, nie

odnoszące się do kosztorysu Zamawiającego, ceny własnej, bez jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego realność zaoferowanej ceny.

#### 9. Przykładowe orzecznictwo w podobnych sprawach

Do zakwalifikowania oferty danego wykonawcy do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, z dnia 13 lutego 2014 r., V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r., KIO 2354/13) oraz z dnia 17 lutego 2014 r., V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z z października 2013 r., KIO 2216/13, RIO 2221/13). Sąd Okręgowy w Warszawie, w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r., V Ca 459/06 wskazał, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić Zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli zaś lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie nie jest możliwe, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty — co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. W związku z powyższym wyjaśnienia PRDL S.A., nie powinny zostać przez Zamawiającego uznane za wystarczające, a oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

#### 10. Brak możliwości skierowania ponownego wezwania

Zamawiający powinien odrzucić ofertę PRDL S.A. W tym konkretnym przypadku, wezwanie do złożenia dalszych wyjaśnień było i jest niemożliwe. Ponowne wezwanie PRDL S.A. do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - zwłaszcza wobec faktu, że w Postępowaniu wszyscy wykonawcy zostali do takich wyjaśnień wezwani, a treść tych wezwań była identyczna. Żaden z wykonawców biorących udział w Postępowaniu (poza PRDL S.A.) nie miał wątpliwości jakich informacji i dowodów oczekuje Zamawiający. Ponowne wezwanie nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, PRDL S.A. miała bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jej oferty — czego nie uczyniła. Jeżeli bowiem PRDL S.A. nie przedstawiła jakichkolwiek wyjaśnień merytorycznych, ani nie przedstawiła dowodów — to Zamawiający nie miał nawet możliwości sformułowania pytań dodatkowych. Teoretycznie Zamawiający mógłby jedynie wystosować wezwanie o takiej samej treści jak wezwanie z dnia 11.02.2021r. — co jest niedopuszczalne. Wezwanie PRDL S.A. nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wcześniejszych wyjaśnień lub dodatkowych elementów, lecz - aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień wraz z dowodami. Takie działanie podważałoby bezstronność

Zamawiającego, stanowiłoby naruszenie zasad, o których mowa w art. 7 ust, 1 Ustawy Pzp. Ponadto uzasadniałoby przekonanie, że Zamawiający dąży do uzyskania odpowiedzi o z góry określonej treści i niejako „do skutku” zadaje pytania odwołującemu. Prawodawca zastrzegł przecież, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian oferty.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił** wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna z siedzibą w Lubartowie wnosząc oddalenie odwołania. Wskazał w szczególności: (...)

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2021 roku wezwał wszystkich oferentów, w tym Odwołującego oraz Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zawierania przez oferty rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwanie Zamawiającego stanowiło cytata z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 roku. Zamawiający nie wskazywał w treści ww. wezwania do wyjaśnień szczegółowych elementów ceny, czy szczegółowej podstawy faktycznej z której wynikałaby konieczność żądania wyjaśnień, a ograniczył się do ogólnego wskazania, że wymaga wyjaśnień, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazując na powyższe należy podkreślić, że wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miało charakter blankietowy, zaś przepisy ustawy nie precyzują stopnia szczegółowości \_wyjaśnień składanych przez wykonawców, Wedle doktryny i orzecznictwa wyjaśnienia powinny być rzetelne, szczegółowe i wyczerpujące, jednak Przystępujący powinien poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień również otrzymać szczegółowe informacje na temat wątpliwości Zamawiającego co do ceny oferty (np. przez wskazanie konkretnego elementu ceny oferty lub sformułowanie rodzaju zastrzeżeń), a tak się nie stało. Sformułowanie wezwania w sposób ogólny z oczywistych względów uniemożliwia udzielenie konkretnej odpowiedzi. Co do zasady, w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że wyjaśnienia oferenta są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i trudno wyjaśniać wszelkie składniki ceny - nawet te, które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości (KIO 1995/17). Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, w sytuacji, gdy Zamawiający uznałby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia za wątpliwe mógłby powtórnie wystąpić o wyjaśnienie ich treści. W przedmiotowej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia bowiem Zamawiający nie kwestionował w dalszym toku postępowania złożonych wyjaśnień, z czego wynika uznał je za wystarczająco szczegółowe i właśnie na ich podstawie rozstrzygnął własne wątpliwości w zakresie występowania w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. W tym miejscu godzi się podnieść, że w orzecznictwie KIO „różnica pomiędzy

szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, jak również różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert w postępowaniu nie przesądza o tym, że cena zaoferowana przez uczestnika postępowania odwoławczego stanowi cenę rażąco niską, natomiast normalnym przejawem konkurencji jest występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu (wyrok KIO 436/15). Tym samym z samego tylko faktu wystąpienia różnicy o ponad 30% od szacowanej wartości zamówienia można wywodzić obowiązek do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, ale nie stanowi on jednak w żaden sposób dowodu, czy potwierdzenia, że oferta danego Wykonawcy jest rażąco niska. Ani z powyższego względu, ani z różnic pomiędzy cenami ofert złożonych przez Wykonawców w danym postępowaniu Zamawiający słusznie nie wywiódł wniosku, że najtańsza oferta nie miała charakteru rynkowego. W kontekście procentowych różnic między cenami ofert a wartością zamówienia i ich wzajemnych relacji, wskazać należy, że zaoferowana przez Przystępującego cena w nie odbiega w sposób rażący od cen ofert kolejnych wedle ustalonej wedle kwalifikacji (100% cena). Przystępujący wskazuje również, że inaczej niż chciałby tego Odwołujący, nie zostały przez Zamawiającego skonkretyzowane żadne środki dowodowe, które miałby złożyć Przystępujący. Przystępujący składając wyjaśnienia (pismo z dnia 17 lutego 2021 roku ) wskazał natomiast konkretne powody określonej wysokości ceny oferty. Na gruncie przedmiotowej sprawy Zamawiający słusznie ocenił, że w żadnym przypadku nie doszło do zaoferowania ceny nierealistycznej, niewiarygodnej w porównaniu do cen rynkowych, uniemożliwiających wykonanie zamówienia bez ryzyka ponoszenia strat przez Wykonawcę lub związanej z koniecznością pokrywania strat z innej działalności lub innego majątku, co zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą odpowiadałoby definicji rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Przystępujący wskazuje za wyrokiem KIO 1477/20, że zarzuty Odwołującego dotyczące bezpodstawnego uznania złożonych przez Przystępującego wyjaśnień za niewystarczające (poza ogólnymi stwierdzeniami) nie zawierają uzasadnienia faktycznego i prawnego. W uzasadnieniu odwołania nie odniesiono się do okoliczności, które miałyby przemawiać za uznaniem, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i na jakiej podstawie Zamawiający dysponując złożonymi wyjaśnieniami miałby uznać cenę zaoferowaną przez Przystępującego za nierealną. Niewątpliwie odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, powinno zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy PZP, szczególnie gdy kwestionowana jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wnosi się o unieważnienie jej wyboru i odrzucenie takiej oferty. Stanowisko Odwołującego nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wprowadzenie takiego wniosku.

Przystępujący wskazał ponadto, że żądanie przez Odwołującego nakazania odrzucenia oferty PRD Lubartów w okolicznościach faktycznych oraz prawnych niniejszej sprawy jest w całości sprzeczne z postanowieniami prawa zamówień publicznych. W tym miejscu zwrócić należy uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 293/21), zgodnie z którym ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi bowiem zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania”.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie oraz nie stawił się na posiedzeniu i rozprawie w terminie wyznaczonym na dzień 7 czerwca 2021 r.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu], do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 24 grudnia 2020 r. a odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 19 kwietnia 2021 r. Izba zatem w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r. Natomiast ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności nastąpiła na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w oparciu o które było wszczęte i prowadzone przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak jak wynika ze stanu faktycznego tej sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa i przebudowa drogi powiatowej nr 18051- na odcinku Świącica — Czulczyce Duże oraz drogi powiatowej nr 1819L na odcinku Staw - Krobonosz - etap I” wartość tego zamówienia została ustalona na kwotę netto: 19. 062.836,68 zł. Po jej ubruttowaniu o podatek VAT stanowi to kwotę:

23.447.322,33 zł. Złożono 5 ofert z cenami odbiegającymi istotnie od tej wartości: Konsorcjum: B.G. Construction Sp. z o.o., PREF-BET Wytwórnia Mas Bitumicznych, Betonu i Prefabrykatów Sp. z o.o. z siedzibą w Wierzbicy – o 53,44%; (2) STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – o 60,25%, (3) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim – o 55,20 % (4) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SADEX J. S. z siedzibą w Sitnie – o 67,84%;(5) PRDL S.A. z siedzibą w Lubartowie – o 46,75%

Pismem z dnia 11.02.2021 r. Zamawiający wskazując na art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, wezwał wszystkich wykonawców, także PRDL S.A. do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W treści wezwania skierowanego do wykonawców, w tym przypadku do PRDL S.A. Zamawiający podał cyt.: *(...) w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień W tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa z ceną ofertową: 14 127 109,26 zł brutto jest niższa o 39,75% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 (tj. od kwoty 23 447 322,33 zł brutto). Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa, oryginalności projektu, kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. na podstawie art, 90 ust. 2 ustawy Pzp, Powyższe wyjaśnienia wraz z dowodami należy złożyć Zamawiającemu nieprzekraczalnym terminie do (...).* Do tego wezwania załączył także kosztorys inwestorski obejmujący ponad 40 pozycji.

Z uwagi na treść tego wezwania i załączony kosztorys inwestorki należało zgodzić się z Odwołującym, że w tej sprawie Zamawiający nie tylko przytoczył podstawę prawną, ale wprost wskazał jakie elementy ustawowe muszą znaleźć się w wyjaśnieniach wszystkich wykonawców, oraz zaznaczył, że mają być one poparte dowodami. Także załączony

kosztorys stanowił wytyczną do możliwego żądanego zakresu kalkulacji kosztów ceny ofertowej.

Wykonawca PRDL S.A. w odpowiedzi (pismo z dnia 17.02.2021 r.) wyjaśnienia – jak słusznie wskazał Odwołujący – sprowadził do czterech argumentów:

- b) wieloletniego doświadczenia PRDL S.A. w budowie i remontach dróg administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Zarządy Dróg Wojewódzkich, Powiatowych oraz Miejskich, jak również administrowanych przez Gminy, a ponadto doświadczenie w robotach drogowych na terenie Powiatu Chełmskiego;
- c) PRDL S.A. jako wykonawca robót drogowych znany jest w Powiecie Chełmskim, a jednocześnie znany jest samemu Zamawiającemu;
- d) cena zaoferowana przez PRDL S.A. nie odbiega znacząco od średniej arytmetycznej ceny obliczonej na podstawie cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu - PRDL S.A.
- e) PRDL S.A. jest hurtowym odbiorcą i hurtowym dostawcą kruszyw drogowych dla całej Grupy Kapitałowej PRD Lubartów S.A., co pozwala uzyskać dosyć niskie ceny tych materiałów u kontrahentów, a niezbędnych do wykonania podbudów i nawierzchni z kruszyw.

Wyjaśnienia udzielone przez PRDL S „A. w piśmie z dnia 17.02.2021 r. nie odnoszą się do ustawowych elementów powołanych w treści wezwania z dnia 11.02.21 r. Ponadto w tych wyjaśnieniach nie odniesiono się w zasadzie do żadnej z ponad 40 pozycji kosztorysu, ani nawet wyodrębnionych w nim branż. Także nie odniesiono się do kwestii wynagrodzeń pracowników na co w specyfikacji położono szczególny nacisk wymagając zatrudnienia pracowników (nie tylko kluczowych) na podstawie umów o pracę. Z oferty PRDL S.A. wynika, że wykonawca ten będzie korzystał przy realizacji zamówienia publicznego z co najmniej dwóch podwykonawców - wskazał ich nazwy. W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny nie omówiono tej kwestii, ani nie przedstawiono jakichkolwiek ofert/umów/kosztów pracy podwykonawców. PRDL S.A. nie wykazała okoliczności, które są tylko dla tego wykonawcy indywidualne, nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienie o podobnej skali i wartości. Nie można z nich się dowiedzieć jakie konkretnie elementy mają wpływ na wysokość oferowanej ceny. Wyjaśnienia nie zawierają także informacji o zakładanym możliwym zysku. Żadne (jakikolwiek) dowody nie zostały przedłożone, podczas gdy zamawiający poprzez podkreślenia i wyboldowania wymaganym dowodom nadawał szczególną rangę. Należało także zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca PRDL S.A. powołując się na status hurtowego odbiorcy i hurtowego dostawcy kruszyw drogowych nie podał ani jednej wartości,

wysokości rabatu czy poziomu oszczędności. Niewątpliwie korzystanie z cen hurtowych przez przedsiębiorców nie jest niczym zaskakującym na rynku i inni wykonawcy również korzystają z takich rozwiązań (na co wskazują chociażby same wyjaśnienia złożone przez Odwołującego — objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), co nie może być wiarygodnym argumentem przesądzającym o tym, że zaoferowana przez PRDL S.A. całkowita cena wykonania zamówienia nie jest rażąco niska. Zatem także w tym zakresie Zamawiający zobowiązany był uznać wyjaśnienia wykonawcy PRDL S.A. za niewystarczające i odrzucić ofertę tej spółki. Wykonawca PRDL S.A. bowiem nie wykazał, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakiego rodzaju i w jakiej może to powodować oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia — tym bardziej argument ten nie mógł przekonywać Zamawiającego o realności zaoferowanej ceny.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia wykonawcy zamykają się na 2 stronach i wydaje się być kluczowym stwierdzenie zawarte w 3 akapicie (str 1/2) cyt.: „*Faktem jest, że cena oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. (w kwocie w/w) nie odbiega w sposób znaczący cen wszystkich złożonych ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, tj. kwoty 13 279 556,24 zł brutto gdyż jest niższa o ok. 17,45 % od tej średniej. Jest to więc różnica mniejsza niż 30 %, o których jest mowa w art. 90 ust. 1a pkt. 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. 29.01.2004 z późn. zmian. Do tej więc średniej arytmetycznej należy naszym zdaniem porównywać oferty w kontekście wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaproponowane ceny, gdyż są to bowiem ceny rynkowe i aktualnie obowiązujące w tym okresie roku na tym konkretnym terenie powiatu chełmskiego. Ponadto sam Zamawiający przewidywał możliwość wykonania niniejszego zamówienia za kwotę bardzo zbliżoną do oferty złożonej przez nasze Przedsiębiorstwo.*”

Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. Wówczas gdy te wyjaśnienia i dowody (na pierwsze wezwanie) zrodziłyby po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia wykonawcy w sposób nieuprawniony – z naruszeniem zasady równego traktowania - kolejnej możliwości złożenia wyjaśnień, gdy ten skutkiem przykładowo niestarannego działania złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.



Pismo procesowe z dnia 4 czerwca 2021 r. i jego załączniki kwalifikowane przez wykonawcę przystępującego PRLD S.A. jako dowody w rozumieniu art. 538 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przedkładane w celu wykazania, że zaproponowana cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską a stanowi cenę porównywalną z zaoferowaną przez Odwołującego i jest ceną rynkową, nie mogły być we wnioskowanym zakresie uwzględnione przez Izbę.

W tym odwołaniu kluczowy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak wskazał Odwołujący, dotyczy nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień przez wykonawcę PRDL S.A i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, który to zarzut jak ustaliła Izba jest zasadny. Z ustaleń wynika bowiem, że wykonawca PRDL S.A w odpowiedzi z dnia 17.02.2021 r. na wezwanie z dnia 11.02.2021 r. nie złożył wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i z tego powodu wykonawca ten nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co z kolei prowadzi do wniosku, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu nie złożenia wyjaśnień. Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Szczególnie, że zgodnie z regulacją w art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami. Skierowanie do wykonawcy ogólnego wezwania, w którym nie zostały sformułowane szczegółowe zapytania z powołaniem przykładowo na konkretne pozycje, nie zwalnia wykonawcy - z uwagi na chociażby sankcję w art. 90 ust.3 Pzp - wykazania prawidłowości kalkulacji ceny w jej kluczowych aspektach z przedłożeniem żądanych (jak w tej sprawie) dowodów. Tak jak wskazywała już Izba, a co wymaga zaznaczenia, wyjaśnienia wykonawcy PRDL S.A., nie zawierały kalkulacji kosztów (nawet ogólnej), w tym także informacji o zakładanym zysku. Z tych wyjaśnień nie uzyskujemy informacji jakie konkretnie elementy mają wpływ na wysokość oferowanej ceny. Także jakiegokolwiek dowody nie zostały przedłożone, a w tym

aspekcie Zamawiający sformułował jednoznacznie żądanie. Izba dodatkowo zauważyła, że przedłożone z pismem procesowym załączniki, dowodzą, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 17.02.2021 r. nie odpowiadają wezwaniu z dnia 11.02.2021 r. Dowodzą także, że możliwe było złożenie takich wyjaśnień wraz z dowodami, które by pozwoliłyby chociażby w minimalnym stopniu na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy przystępującego PRLD S.A. i odrzucenie tej oferty.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 Pzp oraz § 7 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....