

Sygn. akt: KIO 1680/21

WYROK
z dnia 6 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2021 roku przez wykonawcę **PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.),
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie**:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika tego wykonawcy w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2. zasądza od zamawiającego **Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie** na rzecz wykonawcy **PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu**, kwotę w wysokości 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: Przebudowa z rozbudową budynku nr 33 "ŻYRAFIARNIA" na potrzeby ekspozycji Lasu Deszczowego", numer postępowania: 23/B/TI/20 (zwane dalej „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 614602-N-2020 w dniu 24 listopada 2020 r.

W dniu 2 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako Odwołujący) od czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegających na wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „BUDECON” Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako „BUDECON”), pomimo że w ramach prowadzonej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, obejmującej procedurę wezwania do wyjaśnienia ceny oferty, BUDECON nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji również zaniechania odrzucenia oferty BUDECON jako zawierającą rażąco niską cenę.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt. 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych („Pzp”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDECON i zaakceptowanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych w Postępowaniu przez BUDECON, pomimo że wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w szczególności złożone wyjaśnienia nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a zatem BUDECON nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty BUDECON jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że zawiera ono rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a BUDECON nie wykazał, że zaoferowana cena pozwala na realizację zamówienia.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z 28 maja 2021 roku,
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty BUDECON,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że oferta BUDECON, która została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu winna podlegać odrzuceniu z uwagi na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu.

Bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na piątym miejscu w rankingu ofert. W niniejszym Postępowaniu zastosowana została bowiem procedura odwrócona, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp. Co za tym idzie, uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie i na zakwestionowanie ofert pozostałych wykonawców. W konsekwencji, możliwe będzie zawarcie przez Odwołującego umowy o zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, a także jego realizacja i osiągnięcie zakładanego zysku.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje przebudowa z rozbudową budynku nr 33 "ŻYRAFIARNIA" na potrzeby ekspozycji Lasu Deszczowego.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 22 205 117,62 PLN brutto.

W Postępowaniu zostało złożonych dziewięć ofert, z których najtańsza, tj. oferta BUDECÓN opiewała na kwotę 15 485 996,61 brutto, tj. była o 30,26% niższa od budżetu Zamawiającego. Jednocześnie, kwota ta była o 15,14% niższa od średniej arytmetycznej złożonych w Postępowaniu ofert. Z uwagi na powyższe, Zamawiający działając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał w dniu 11 maja 2021 roku BUDECÓN do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w Postępowaniu.

W dniu 14 maja 2021 roku BUDECÓN złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający w dniu 28 maja 2021 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty BUDECÓN jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

Na wstępie Odwołujący zaznacza, że zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku, w którym cena całkowita oferty jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o co najmniej 30%, zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, przeprowadzenie takiej procedury jest konieczne w każdym przypadku, o ile u Zamawiającego powstaną wątpliwości w zakresie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 90 Pzp:

- 1) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (art. 90 ust. 1 Pzp),
- 2) wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp),
- 3) zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 90 ust. 4 Pzp).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego Postępowania należy wskazać, że niniejszej sprawie zaistniała wskazana w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przesłanka do obligatoryjnego wezwania BUDECÓN do wyjaśnienia ceny. Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia

niniejszego odwołania. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. Powyższe potwierdza orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych. Tytułem przykładu można wskazać tutaj na wyrok KIO z 9 lutego 2018 r.: „*W toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust 1a ustawy Pzp) Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było pierwsze wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktyczne, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.*

Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca, a w tym konkretnym przypadku Odwołujący, obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską.

Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12, podkreślono, że: *istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej.*

Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę X został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy.

Jak wynika z powyższego, wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest obalić ww. domniemanie, przy czym w tym celu wykonawca musi wykazać - złożyć stosowne wyjaśnienia, poparte dowodami, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wprawdzie Zamawiający zwrócił się do BUDECON o udzielenie wyjaśnień, w tym poparcie ich dowodami, jednak BUDECON nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, BUDECON nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów na potwierdzenie rzetelności zawartych w nich twierdzeń i wyliczeń .

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi zaś wątpliwości, że wykonawca zobowiązany jest przedłożyć nie tylko własne twierdzenia i wyliczenia co do zaoferowanej ceny, ale także poprzeć je stosownymi dowodami. Izba wielokrotnie wskazywała bowiem, że „rzeczą wykonawców wezwanych do wyjaśnień jest złożenie miarodajnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień popartych dowodami. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowa i rzetelna ich ocena”.

Podobnie Izba sprecyzowała, że: *wystąpienie zamawiającego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 (...) stanowi sygnał, że zamawiający po wstępnej ocenie uznał, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż jego założenie jest błędne. Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy.*

Dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia wyżej wymienionego domniemania. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 powołanej ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie (wyrok z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2703/17).

Wyjaśnienia wykonawcy mają bowiem doprowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty, które powstaje w momencie wystosowania wezwania przez Zamawiającego. W powiązaniu z powyższym kluczowy jest przepis art. 90 ust. 2 Pzp, który jasno i wyraźnie stanowi bowiem, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tymczasem, wyjaśnienia BUDECON mają charakter lakoniczny, opierają się przede wszystkim na porównaniu cen średnich oraz relacji do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a nie są ukierunkowane na przedstawienie kalkulacji kosztorysowej -

jako oświadczenia wykonawcy, a przede wszystkim BUDECON zaniechał poparcia złożonych przez siebie wyjaśnień jakimikolwiek dowodami.

Rozkładając je na czynniki pierwsze, przyjmując systematykę zaproponowaną przez BUDECON, możemy je podzielić na następujące części:

- 1) po pierwsze, twierdzenia BUDECON o zawyżeniu i nieaktualności budżetu przyjętego przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie może stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez BUDECON nie jest rażąco niska. Gdyby Zamawiający uznał, że przyjęty przez niego budżet był w istocie zawyżony, to w ogóle nie wzywałby BUDECON do przedłożenia wyjaśnień - rozbieżność między ceną ofertową, a budżetem Zamawiającego wynikałaby z okoliczności oczywistych, które nie wymagałyby wyjaśnienia. Zamawiający jednak wprost wskazał w wezwaniu z dnia 11 maja 2021 roku na swoje wątpliwości co do oferty BUDECON, które w konsekwencji BUDECON zobowiązany był rozwiązać poprzez wykazanie realności własnej ceny ofertowej, a nie rzekomej nierealności sposobu ustalenia budżetu przez Zamawiającego;

- 2) po drugie, twierdzenia BUDECON o złożeniu oferty porównywalnej cenowo do pozostałych ofert w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie może stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez BUDECON nie jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie, różnica pomiędzy ceną ofertową BUDECON, a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców jest znacząca i wynosi ponad 15%.

- 3) po trzecie, twierdzenia BUDECON o wystąpieniu szczególnych okoliczności dostępnych jedynie BUDECON („możliwość mobilizacji odpowiednio dużych zasobów ludzkich”, „lokalizacja robót w bliskości siedziby BUDECON”, „realizacja również innych zamówień na rzecz Zamawiającego”)

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie może stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez BUDECON nie jest rażąco niska. Przede wszystkim bowiem twierdzenia BUDECON w tym zakresie pozostają ogólne, lakoniczne i gołosłowne. Ponadto, warto wskazać, że cechy te są właściwe także dla innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, w tym dla Odwołującego - on również jest w stanie zmobilizować odpowiednio duże zasoby ludzkie, jego siedziba mieści się w tej samej lokalizacji co siedziba BUDECON (Sosnowiec) oraz również posiada doświadczenie oraz zasoby niezbędne dla realizacji zamówienia.

- 4) po czwarte wreszcie, kosztorysy ofertowe przedłożone przez BUDECON dla poszczególnych branż.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta nie może stanowić dowodu tego, że cena zaoferowana przez BUDECON nie jest rażąco niska. Z przedłożonych wraz z wyjaśnieniami kosztorysów ofertowych może wynikać to, jak BUDECON wycenia dane prace, ale w żaden sposób nie wynika to, czy wskazana wycena jest rynkowa i czy pozwala na wykonanie zamówienia. Innymi słowy, kosztorys ofertowy, nawet szczegółowy (do oferty wykonawcy mieli obowiązek załączyć kosztorysy uproszczone) jest tylko oświadczeniem wykonawcy, nie zaś dowodem na to, że cena ma charakter rynkowy i gwarantuje wykonanie zamówienia.

BUDECON nie podjął nawet próby poparcia swoich obliczeń jakimikolwiek dowodami, np. ofertami od podwykonawców czy dostawców, wyliczeniami kosztów pracy, personelu, wykazem dostępnego sprzętu i kosztów jego użytkowania, amortyzacją sprzętu itp.

W niniejszym postępowaniu mamy zatem do czynienia z sytuacją opisaną w powołanym przepisie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. W świetle treści ww. przepisów nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień ceny. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że: (...) *zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień (Izba wielokrotnie na powyższą okoliczność wskazywała i nadal wskazuje, nie rozumiejąc bagatelizowania tej instytucji przez wielu profesjonalnych uczestników rynku). Ogólne wyjaśnienia, nieuzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nierozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przesądzono także, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji (wyrok z dnia 19 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2586/17).*

Warto przytoczyć również stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r.: *Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych — ocenie Zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.*

Złożenie profesjonalnych i popartych dowodami wyjaśnień jest obowiązkiem wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego. W przypadku gdy wykonawca nie wykaże, a

więc nie udowodni, że zaoferowana cena pozwala na realizację zamówienia, to złożone wyjaśnienia należy uznać za niewystarczające, a w konsekwencji ofertę należy odrzucić. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych: *Izba prawidłowo uznała, że skoro wykonawca składający wyjaśnienia nie udowodnił, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, to jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 pzp. Startujące w przetargu podmioty są profesjonalistami, stąd składane przez nie wyjaśnienia powinny cechować się szczególną starannością. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą one negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń, a w przypadku postępowania w trybie zamówień publicznych niewykazania, że proponowana cena nie jest rażąco niska i nie powoduje wykluczenia oferty. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem skarżącego, że złożone wyjaśnienia były wyczerpujące, kompletne i wiarygodne i bezzasadnym było przyjęcie zarówno, że przystępujący nie udowodnił rzetelności ceny, jak i że potwierdzają, iż cena jest rażąco niska. Nadto nie ma żadnych podstaw, by ponownie zobowiązywać oferenta do składania dalszych wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo podzieliła wątpliwości zamawiającego czy cena oferty została ustalona w sposób prawidłowy pomimo złożonych wyjaśnień, i zasadnie uznała, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji podlegała odrzuceniu (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 lipca 2014, sygn.. akt XXIII Ga 1293/14).*

Podsumowując, BUDECON nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena nie jest rażąco niska. Jednocześnie, Zamawiający nie jest uprawniony do skierowania do BUDECON dodatkowego wezwania w tym zakresie. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie może być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty (zob. wyrok KIO z 20 czerwca 2018 roku, sygn. akt KIO 1108/18).*

Każdy wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, co jasno i wyraźnie wynika zarówno z art. 90 ust. 1 Pzp jak i z wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Jak to słusznie wskazano w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12: *Wykonawca powinien*

przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niską. Brak dowodów oznacza natomiast nie tylko, że BUDECON nie uczyniło zadość wezwaniu Zamawiającego, ale przede wszystkim, iż nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny.

Co istotne, obowiązek dowodowy winka wprost z przepisy art. 90 Pzp - w ust. 1 tego przepisu wprost wskazuje się, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ust. 3, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem z przepisów ustawy Pzp wprost wynika, że dowody stanowią immanentną część wyjaśnień ceny.

Obowiązek przedstawienia dowodów przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień ceny nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie:

- 1) *jak słusznie wskazał Zamawiający oraz Przystępujący, obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień w wyniku wezwania i przedstawienie dowodów na etapie procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba zaś, w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej, poddaje w kontekście podniesionych zarzutów, ocenie czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane na etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. (...) Co więcej, w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 34/18, Izba wskazała, że: „Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację oferty, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjęta przez niego wycenę przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 613/17),*
- 2) *Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 Pzp mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie (...). W ocenie SO złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez SO. Definicja „określonego terminu" na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust 1 Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty*

lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego, (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09),

- 3) Wykonawca winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody, a nie poprzestać na stwierdzeniu, że to oferent decyduje za jaką kwotę wykona daną pozycję z przedmiaru. *Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest odrzucenie jego oferty.* (wyrok z dnia 21 sierpnia 2019 r, sygn. akt KIO 1524/19).

W efekcie, oferta złożona przez BUDECON w Postępowaniu winna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP.

W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

W dniu 7 czerwca 2021 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podnosił, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, który stanowi formalną przesłankę wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego plasuje się na piątym miejscu zestawienia wszystkich ofert, a Odwołujący nie wniósł o wykluczenie wykonawców, których oferty uplasowały się na wyższym miejscu niż jego oferta.

Pismem z dnia 14 czerwca 2021 r. Odwołujący złożył replikę na odwołanie, wykazując iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej, zgodnie z którą Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert a następnie bada ewentualne podstawy wykluczenia. Zamawiający przeprowadził procedurę badania pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wyłącznie w stosunku do oferty Przystępującego, jednak po jej odrzuceniu, każda oferta złożona w postępowaniu ma szansę zostać wybrana.

W dniu 1 lipca 2021 r. na posiedzeniu z udziałem stron, Zamawiający złożył pismo z dnia 1 lipca 2021 r. – Stanowisko Zamawiającego – Dodatkowa odpowiedź na odwołanie z dnia 2 czerwca 2021 r. , wskazując, że wyjaśnienia Przystępującego potwierdziły, że cena podana w jego ofercie, jest ceną rażąco niską.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia

w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uznała za zasadne stanowiska Zamawiającego, iż po stronie Odwołującego brak jest legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, mając na uwadze, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp), tj. najpierw dokonuje oceny ofert, a dopiero później bada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie sposób odmówić wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim lub dalszym miejscu w rankingu ofert interesu w uzyskaniu zamówienia. W przypadku bowiem wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej wynik przetargu będzie otwarty. Na obecnym etapie postępowania nie można przesądzić czy wykonawcy, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta Odwołującego, w przypadku wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów wykazaliby się spełnieniem warunków podmiotowych. Sprowadza się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza. Na powyższą ocenę nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że w odwołaniu nie podniesione zostały zarzuty względem wszystkich ofert wyprzedzających Odwołującego w rankingu, istotne jest bowiem zakwestionowanie wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, która jako jedyna na obecnym etapie podlegała pełnemu badaniu przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści SIWZ Rozdziale II Zamawiający przewidział zastosowanie procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi: 22 205 117,62 PLN.

Pismem z dnia 11 maja 2021 Przystępujący, który zaoferował realizację zamówienia za cenę 15 485 996,55 PLN, został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że zaoferowana cena 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.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zaoferowana cena całkowita oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym, zgodnie art. 90 ust.1 uPzp, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, kosztów pracy, 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 2018 r. poz. 2177, z 2019 r. poz. 1564);
- 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.

Dalej w treści pisma, Zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.

Zamawiający poinformował Przystępującego, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy oraz że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 14 maja 2021 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie ceny. Do wyjaśnień załączył:

1. Kosztorys szczegółowy dla branży budowlanej;
2. Kosztorys szczegółowy dla branży elektrycznej;
3. Kosztorys szczegółowy dla branży sanitarnej;
4. Kosztorys szczegółowy dla branży wentylacja i klimatyzacja;
5. Tabela zestawienie ofert złożonych przez wykonawców w ramach niniejszego postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 27 maja 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych („Pzp”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDECON i zaakceptowanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych w Postępowaniu przez BUDECON, pomimo że wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, nie wykazał, że zaoferowana cena

nie jest rażąco niska, a w szczególności złożone wyjaśnienia nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 1 Pzp, ponieważ nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, a zatem BUDECÓN nie sprostął obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w cenie Izby zarzut został potwierdzony.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodni z treścią:

- art. 90 ust. 1 Pzp:

Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
 - 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.
- art. 90 ust 1a. Pzp W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
 - 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu

postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

- art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
- art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 Pzp Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odnosząc się do treści wezwania z dnia 11 maja 2021 r. w sprawie wyjaśnienia ceny, wskazać należy, że Zamawiający uznał, iż cena podana przez Przystępującego 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 oraz jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, dlatego wymaga wyjaśnienia oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1 a Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny w okolicznościach wskazanych w przepisie, chyba że rozbieżność między jego ofertą a pozostałymi ofertami wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jeżeli jednak Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny to znaczy, że w jego ocenie różnica w cenie nie wynika z okoliczności oczywistych i wymaga wyjaśnienia. W takich okolicznościach wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny, w sposób, który udowodni, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, bowiem zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską obciąża wykonawcę.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a wykazanie jedynie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne

Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze iż obowiązek wykazania że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, nadal zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie ceny lub kosztu, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przez niego cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i jakości wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie

obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszość, wprost wskazując w przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie.

Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu,

aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, wskazać należy, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego, z uwagi na swoją ogólnikowość i lakoniczność nie mogą zostać uznane za wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, których podania Zamawiający wymagał. Odwołujący nie wyjaśnił jednak wszystkich wymaganych pozycji, nie rozwiął wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Jedyną okolicznością wskazaną przez Przystępującego była informacja o realizacji u Zamawiającego innej inwestycji, która pozwoli mu na zmniejszenie kosztów zaplecza oraz bliskość od siedziby Przystępującego, choć i tak, Przystępujący nie wskazał, jakie ma to ekonomiczne przełożenie na cenę końcową. Ponadto, bliskość siedziby Przystępującego od miejsca inwestycji nie jest okolicznością szczególną, bowiem Odwołujący, którego siedziba mieści się również w Sosnowcu jest w takiej samej sytuacji jak Przystępujący.

Przystępujący nie odniósł się do kosztów pracy, wskazał jedynie stawkę roboczogodziny, nie wskazał ilości zatrudnionych pracowników, nie odniósł się do wynagrodzenia dla osób na stanowiskach kierowniczych, w żadnym miejscu wyjaśnień nie odniósł się do kosztów materiałów i nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie realności podanych cen. Złożonych kosztorysów szczegółowych nie można uznać za dowody do złożenia których został wezwany przez Zamawiającego, na potwierdzenie realności zaoferowanych cen. Kosztorysy mogą jedynie potwierdzać poprawność dokonanych

obliczeń, stanowią szczegółową kalkulację ceny ale nie stanowią potwierdzenia, że dane przyjęte do takiej kalkulacji są realne, odpowiadają cenom rynkowym i umożliwiają realizację zamówienia po stawkach w nich wskazanych.

Sam Zamawiający w złożonym na rozprawie wyciągu z własnej, wewnętrznej dokumentacji wskazuje, iż różnica w cenach ofert może być spowodowana z dużym prawdopodobieństwem, przyjęciem różnych rozwiązań technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych. Izba podkreśla, że właśnie takie okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny winny stanowić element jej wyjaśnienia, czego Przystępujący zaniechał. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, iż zastosował odmienną od innych politykę cenową, jednakże i w tym przypadku poprzestał na samym niepopartym żadnymi dowodami oświadczeniu.

Nie przedstawił w tym zakresie żadnego wyjaśnienia, żadnej argumentacji wskazującej na czym polega odmienność przyjętej przez niego polityki cenowej od polityki przyjętej przez pozostałych wykonawców, ani nie wskazał jakie ma ona przełożenie na zaoferowaną cenę.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej w dodatkowej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lipca 2021 r. Izba wskazuje na brak konsekwencji ze strony Zamawiającego co do stanowiska w zakresie ceny podanej w ofercie przez Przystępującego.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w wyciągu z własnej dokumentacji wewnętrznej, nie odnosi się do wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, lecz do treści kosztorysów, które zostały złożone wraz z ofertą, stanowiły jej element i znane były Zamawiającemu od momentu ich złożenia. Odnosząc się do treści kosztorysów złożonych przez Przystępującego, dokonując porównania z treścią pozostałych ofert i kosztorysów złożonych w postępowaniu, Zamawiający próbuje wykazać, że ich treść nie potwierdza zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Jednakże zauważenia wymaga, że to właśnie na podstawie dokładnie tych samych kosztorysów, Zamawiający uznał, iż cena podana przez Przystępującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, powziął wątpliwości w zakresie ceny i w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za cenę podaną w ofercie, i pismem z dnia 11 maja 2021 r. wszczął procedurę dotyczącą wyjaśnienia ceny.

Jeżeli Zamawiający podczas rozprawy dowodził, w oparciu o kosztorysy ofertowe, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, to nasuwa się wniosek, że być może decyzja w zakresie wezwania do wyjaśnienia ceny nie była poprzedzona staranną analizą ze strony Zamawiającego, zwłaszcza że zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed

wszczęciem postępowania, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia ceny, chyba że rozbieżność między jego ofertą a pozostałymi ofertami wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Natomiast jeśli decyzja o wyjaśnieniu ceny była poprzedzona staranną i rzetelną analizą, na podstawie której Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu procedury wyjaśnienia ceny, to argumentacja odnosząca się do treści kosztorysów ofertowych, dowodząca braku rażąco niskiej ceny jest chybiona.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że w stanowisku Zamawiającego brak jest odniesienia do treści wyjaśnień, co również potwierdza że niczego one nie wyjaśniają i niczego nowego nie wnoszą do sprawy, poza tym co wynika już z treści złożonej oferty i kosztorysów ofertowych .

Reasumując, wskazać należy, że złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny miały wykazać, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wyjaśnienia winny być weryfikowalne przez Zamawiającego oraz potwierdzać, że zaoferowana cena jest ceną realną, że została obliczona w sposób rzetelny oraz gwarantuje należytą realizację całego zakresu objętego zamówieniem.

Tymczasem wyjaśnienia w zakresie ceny udzielone przez Przystępującego w znacznej mierze sprowadzały się do ogólników, do porównania z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, odniesienia się do rynku branżowego, oraz niczym nie popartych oświadczeń Przystępującego o realności zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają wysokości ceny całkowitej podanej w ofercie oraz nie dają pewności co do jej realności.

Ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na Przystępującym, który temu obowiązkowi nie sprostał.

W konsekwencji rozpoznania powyższego zarzutu, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, dotyczącym obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dotyczącym udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, uznając że Zamawiający niezgodnie z przepisami dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: