

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 r. przez odwołującego Pagma - Bud Sp. z o. o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rawicz przy udziale wykonawcy Mprojekt Sp. z o. o. Sp. k. w Lesznie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy Mprojekt Sp. z o. o. Sp. k. w Lesznie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Rawicz i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Pagma - Bud Sp. z o. o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Rawicz na rzecz odwołującego Pagma - Bud Sp. z o. o. w Łodzi kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 2022 r. poz. 1710 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

wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 880/23

Zamawiający – Gmina Rawicz ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 21, 63-900 Rawicz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie wraz z wykonaniem budowy przedszkola na części dz. nr 915/3 w Rawiczu wraz z wyposażeniem, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą, oraz sprawowanie nadzoru inwestorskiego”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 18 stycznia 2023 r. pod nr 2023/BZP 00042133/01 w Biuletynie Zamówień Publicznych, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 28 marca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części 1 postępowania wniósł wykonawca Pagma - Bud Sp. z o.o ul. Wólczańska 128/134, 90-527 Łódź (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mprojekt sp. z o.o. sp. k. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nie złożenie wyjaśnień uzasadniających zaoferowaną cenę, co w konsekwencji stanowi przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Mprojekt Sp. z o.o. Sp. k. w Lesznie (dalej także jako „wykonawca Mprojekt”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W toku badania i oceny ofert zamawiający wezwał wykonawcę Mprojekt do przedstawienia wyjaśnień w zakresie wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powołując się na art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 3 i 5 p.z.p. wskazał w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Na wezwanie zamawiającego wykonawca Mprojekt złożył wyjaśnienia z dnia 14.02.2023 r. wraz z dowodami. Dowody miały potwierdzić, że treść oferty pozwala na uznanie, iż wykonawca ma możliwość wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z treścią oferty, a przede wszystkim zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SWZ.

W ocenie odwołującego przedmiotowe wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny trudno uznać za spełniające ustawowe wymagania co do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności, że odrzuceniu podlega także oferta wykonawcy, który nie wykaże w swoich wyjaśnieniach, że zaoferowana cena jest uzasadniona (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.). Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Mprojekt są lakoniczne, nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Natomiast załączona kalkulacja jest ogólnikowa i wskazuje jedynie na scalone pozycje robót, nie zawierając ich szczegółowego rozwinięcia, czyli nie ujawniając przyjętych narzutów jak robocizna, materiały, sprzęt czy koszty pośrednie. Takie wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny i zgodnie z przyjętą przez Izbę linią orzecniczą nie można ich uznać za prawidłowe.

Odwołujący wskazał dalej, że wykonawca Mprojekt uzasadnił treść swojej kalkulacji jedynie ogólnikowymi ofertami innych podmiotów. Żadna z dołączonych do wyjaśnień ofert nie wskazuje na sposób kalkulacji ceny, a w szczególności na zagwarantowanie zgodności tych ofert z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu czy zapewnieniu w cenie sprzętu i materiałów. Oferty podwykonawców zawierających ogólną kwotę za jakiś zakres, który nie został bliżej sprecyzowany i nie różni się niczym od ogólnej oferty samego wykonawcy. W podobnym stanie faktycznym orzekła Izba w wyroku sygn. akt: KIO 3329/22, w którym wykonawca złożył w toku wyjaśnień ceny wyłącznie oferty podwykonawców wskazujące koszty wykonania poszczególnych zakresów bez ujawnienia stawek robocizny czy też kosztów materiałów i sprzętu. Izba wskazała, że takie wyjaśnienia nie są wystarczające, ponieważ należy wskazać jakie założenia przyjęli owi podwykonawcy do kalkulacji oferty.

Trudno też uznać za wiarygodną i miarodajną wycenę robót budowlanych, bez wskazania szczegółów tej wyceny - w sytuacji gdy właściwy zakres prac będzie wynikał dopiero z wykonywanej w ramach zamówienia dokumentacji projektowej. To wykonawca, realizując dokumentację projektową, określi finalny rozmiar takich prac jak: wykonanie fundamentów, ścianek, drzwi, instalacji, etc. W zaistniałej sytuacji nie można więc było poprzestać na kilku ofertach wskazujących jedynie całkowitą wartość poszczególnych robót.

Ponadto, w wyjaśnieniach wykazano zatrudnienie jedynie trzech osób. Nie ulega zaś wątpliwości, że wykonanie robót budowlanych związanych z budową przedszkola, o wartości ponad 15 mln zł, w terminie określonym przez zamawiającego, wymaga znacznie większego składu osobowego. Zakres, co do którego wykonawca złożył oferty podwykonawców, to niespełna 50% całego zadania. Zatem pozostała część powinna być wykonany przez wykonawcę samodzielnie, co nie jest możliwe przy zaangażowaniu jedynie trzech osób. Wątpliwości budzi także wysokość wynagrodzenia, ponieważ wynagrodzenie w sektorze budowlanym, nawet pracowników niewykwalifikowanych, istotnie przekraczają minimalne wynagrodzenie za pracę. Niemożliwe jest więc zatrudnienie osób odpowiedzialnych za

realizację robót, posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikacje, przy wynagrodzeniu wskazanym przez wykonawcę Mprojekt.

Odwołujący zauważył także, że w zakresie transportu wskazano na korzystanie z pojazdu elektrycznego, ładowanego z własnej instalacji fotowoltaicznej wykonawcy, co potwierdzać ma minimalizację kosztów transportu. Jednakże wskazany pojazd to pojazd osobowy przystosowany do przewozu maksymalnie pięciu osób. Niewątpliwie ilość osób realizujących zakres przedmiotu zamówienia będzie znacznie większa. Pozostałe pojazdy wskazane przez wykonawcę Mprojekt są pojazdami spalinowymi, w tym ciężarowymi, których wielkość spalania, a tym samym koszty paliwa są znaczne. Dodatkowo wykonawca nie wskazał w jaki sposób uwzględnił w kosztach choćby koszty leasingu pojazdu elektrycznego. Koszty paliwa nie są zaś uwzględnione w ogóle.

Wyłącznie podwykonawca PHUP R. P. i podwykonawca Ganu zastrzegli w ofercie, że cena obejmuje koszt niezbędnych materiałów. Pozostałe oferty w ogóle nie odnoszą się do materiałów, wobec tego należało przyjąć, że wykonawca wykazał tylko części kosztów - wykonawstwo. Podwykonawca ścianek działowych i elewacji firma Dawen wprost zaznaczył, że oferta nie zawiera materiałów. W ocenie odwołującego również nie uwzględnienie w kosztach cen materiałów dla wentylacji jest zasadniczym powodem tak dużego niedoszacowania tej pozycji. Złożone oferty podwykonawców nie mogą być wystarczającym dowodem, że wykonawca wyjaśnił cenę oferty z uwagi na to, że operują jedynie kwotami całościowymi za określony zakres branżowy. Oferty dotyczą sporych segmentów realizacji całego zadania. Takie agregowanie kosztów, poprzez zastosowanie wyceny scalonej, nie może być uznane jako wystarczające dla wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Zdaniem odwołującego na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca Mprojekt w ogóle nie podał w ofercie, iż powierzy jakikolwiek zakres zamówienia podwykonawcy. W tym zakresie nie wypełnił pozycji 9 formularza ofertowego, co było konieczne przy chęci zaangażowania podwykonawców. Wobec tego złożone wyjaśnienia, w których nieoczekiwanie pojawia się wielu podwykonawców, należy uznać za niewiarygodne, gdyż na etapie oferty wykonawca ich nie przewidywał w ogóle. Również w tym przedmiocie wypowiedziała się Izba, gdzie w wyroku z dnia 14.06.2021 r. sygn. akt: KIO 1264/21, jasno wskazano, że brak ujawnienia podwykonawców na etapie składania oferty powinien prowadzić do logicznego wniosku, że wykonawca nie kalkulował oferty z ich udziałem więc nie jest wiarygodne powołanie się na te koszty w dalszej części postępowania.

Nawet gdyby uznać za właściwe wyjaśnienia oparte o oferty podwykonawców, z czym odwołujący się nie zgadza, to należy wskazać, że wykonawca Mprojekt w ten sposób wykazał jedynie połowę wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Oferty podwykonawców opiewają łącznie na kwotę 5.900.000,00 zł netto, przy cenie netto oferty 12.786.178,00 zł. Wobec tego, gdyby nawet Izba zgodziła się, że oferty podwykonawców, są

właściwym środkiem dowodowym, to dotyczą one jedynie części zamówienia. Pozostałą część zamówienia wykonawca Mprojekt pozostawił niewyjaśnioną. Wykonawca w ogóle nie wskazał w jaki sposób kalkulował pozostałe pozycje, których nie powierzy podwykonawcom. W szczególności istotny jest brak jakichkolwiek dowodów na wyliczenia zakresu związanego z pozycjami: 1) roboty budowlane poz. 4 - 8 roboty murowe, konstrukcja żelbetowa, dach, podłóża i posadzki parteru i piętra, poz. 10 - 11 ślusarka okienna i drzwiowa zewnętrzna, poz. 13 elementy kowalsko -ślusarskie, poz. 18 wyposażenie - windy, sanitariaty, sprzęt p.poż (podwykonawca wycenił jedynie wykonanie szybów windowych), 2) zagospodarowanie poz. 1 plac zabaw, 3) instalacje sanitarne poz. 3 - 8 pompy, odwierty, kotły, instalacja c.o. podłogowa z armaturą, instalacja wody, kanalizacja z deszczówką, uzbrojenie zewnętrzne z przyłączami wod. kan., 4) wyposażenie budynku poz. 1 i 2 wyposażenie pomieszczeń przedszkola oraz ogrodnicze i restauracyjne. Wykonawca Mprojekt nie odniósł się do tego jak kalkulował cenę w tych pozycjach, jak również nie załączył jakichkolwiek dowodów uzasadniających jej wysokość.

Zamawiający przyjął na wiarę zapewnienie wykonawcy, że za kwoty wskazane w kalkulacji możliwa będzie realizacja zamówienia, co było nieprawidłowe. Zamawiający nie jest uprawniony do oparcia się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, lecz musi egzekwować złożenie dowodów. Nie jest także realnym, że wszystkie powyższe prace, które nie zostały powierzone podwykonawcy, wykona kilka osób wskazanych przez wykonawcę Mprojekt jako pracownicy. Do wykonania tych zadań konieczny jest, poza uwzględnieniem robocizny, również sprzęt i materiały. Wykonawca w tym zakresie w ogóle nie wyjaśnił jak skalkulował cenę. Brak tych elementów determinuje konieczność uznania, że wykonawca Mprojekt w tym zakresie nie obalił domniemania, że cena jest rażąco niska i nie złożył wyjaśnień, które by uzasadniały cenę oferty, co powinno spowodować odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

Odwołujący dalej podniósł, że analiza realnych kosztów realizacji zamówienia w znaczących jego elementach wskazuje, że w sposób istotny koszty te zostały niedoszacowane. Według odwołującego w ofercie wykonawcy Mprojekt zaniżono następujące koszty (zgodnie z systematyką: zakres kalkulacji, koszty rynkowe, koszty wycenione przez Mprojekt, różnica pomiędzy kosztami wycenionymi a rynkowymi):

a) roboty budowlane:

- poz. 9. ścianki działowe i zabudowy - 292 173,29 zł, 221 400,00 zł, różnica 70 773,29 zł,
- poz. 16 sufity podwieszane - 375 923,95 zł, 184 500,00 zł, różnica 191 423,95 zł,

b) zagospodarowanie:

- poz. 17 elewacja - 830 784,79 zł, 430 500,00 zł, różnica 400 284,79 zł,
- poz. 1 plac zabaw - 481 801,37 zł, 276 750,00 zł, różnica 205 051,37 zł,

c) instalacje elektryczne:

- poz. 1 instalacje elektryczne - 2 109 442,14 zł, 1 414 500,00 zł, różnica 694 942,14 zł,

d) instalacje sanitarne:

- poz. 1-2 wentylacja mechaniczna - 1 586 700,00 zł, 596 550,00 zł, różnica 990 150,00 zł,

- poz. 3-4 pompa i odwierty - 1 164 052,28 zł, 602 700,00 zł, różnica 561 352,28 zł,

- poz. 5 instalacja c.o. - 603 315,00 zł, 516 600,00 zł, różnica 86 715,00 zł,

- poz. 6 instalacja wody - 462 990,45 zł, 166 050,00 zł, różnica 296 940,45 zł,

- poz. 7 kanalizacja sanitarne - 422 860,47 zł, 110 700,00 zł, różnica 312 160,47 zł,

- poz. 8 uzbrojenie zewnętrzne - 547 448,40 zł, 221 400,00 zł, różnica 326 048,40 zł.

Sumując powyższe: koszty rynkowe 8.877.492,14 zł brutto, koszty wycenione przez Mprojekt 4.741.650,00 brutto, co daje niedoszacowanie oferty w kwocie 4.135.842,14 zł brutto.

Do każdej z wyżej wskazanych, zaniżonych pozycji odwołujący dysponuje szczegółowymi kalkulacjami oraz ofertami (w tym kalkulacje materiałów, których nie wliczył wykonawca) potwierdzającymi prawidłowość przyjętego szacowania kosztów. Dokumenty te wskazują, że wykonawca Mprojekt nie uwzględnił znacznego zakresu kosztów realizacji zamówienia, a wartość niedoszacowania w sposób istotny przekracza założony przez wykonawcę zysk, z którego ewentualnie mógłby pokryć nieuwzględnione w wycenie koszty. Wartość kwestionowanych pozycji wynosi 4.741.650,00 zł brutto, czyli ok. 30% wartości oferty, jest to zatem jej istotna część.

Faktyczna wartość tych robót jest szacowana przed odwołującego na kwotę 8.877.492,14 zł brutto, czyli prawie dwukrotnie więcej niż zaoferował Mprojekt. Wartość oferty wykonawcy Mprojekt stanowi zaledwie 53% faktycznych kosztów realizacji wskazanego zakresu istotnych elementów zamówienia. Różnica pomiędzy przyjętymi kosztami realizacji wskazanego zakresu, a kosztami faktycznymi wynosi 4.135.842,14 zł brutto, kiedy wartości zysku przyjętego na poziomie niespełna 1.300.000 zł netto powoduje, że brak jest środków ofercie, z których wykonawca mógłby pokryć realne koszty robót.

Podsumowując, wykonawca Mprojekt nie wykazał kosztów zakupu materiałów, sprzętu i paliwa, nie wykazał wykonania ponad połowy zakresu zamówienia, jak również wliczył do wyceny oferty koszt podwykonawców, których w ofercie nie przewidywał. Brak jest uwzględnienia w ofercie istotnych elementów zamówienia, co spowodowało złożenie oferty poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje, że oferta wykonawcy Mprojekt powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Mprojekt Sp. z o.o. Sp.k. ul. Przemysłowa 19, 64-100 Leszno (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie oceny przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego z dnia 14 lutego 2023 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny, które zostały złożone w wyniku odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 lutego 2023 r., wystosowane przez zamawiającego w trybie art. 224 p.z.p. Osią sporu było rozstrzygnięcie czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty przystępującego, w tym czy nie zaniechano jej odrzucenia z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.), a także z powodu złożenia wyjaśnień, które nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.), co w konsekwencji miało spowodować prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 p.z.p.) i wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej, Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie postępowania takie żądanie jest przedwczesne.

Zaznaczyć należy, że Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzeć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Jednak okoliczności tych nie można utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy, niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę zaoferowaną przez przystępującego. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również żeby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Zamawiający powinien dopytać przystępującego o okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia i w sposób klarowny ustalić czy jego cena jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia oferty. Jak również stanowisko procesowe zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, skład orzekający uznał za jedynie zmierzające do poprawy sytuacji procesowej strony, a przy tym potwierdzające wadliwość przeprowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty przystępującego. O ile zamawiający ma rację, że wystosowano ogólne wezwanie, na które otrzymano adekwatną odpowiedź wraz z dowodami, to jednak złożone wyjaśnienia nie są wystarczające, aby zakończyć procedurę wyjaśnienia ceny. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający odniósł się do większości podnoszonych przez odwołującego nieprawidłowości kalkulacji – co generalnie Izba podziela, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia – jednak zamawiający, na kanwie posiadanych dokumentów, nie był w stanie

szczegółowo i wyczerpująco odnieść się do każdego z wątpliwych elementów, ponieważ nie dopytał przystępującego w tym zakresie.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna.

Ofertę odrzuca się również kiedy złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.), czyli w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia lakoniczne i ogólne, o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to wprowadzenie do ustawy ukształtowanego w orzecznictwie i doktrynie stanowiska, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia ceny nie zawiera należytego przedstawienia sposobu jej kalkulacji, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym, niepodlegającym uzupełnieniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien odrzucić taką ofertę. Natomiast w sytuacji, gdy złożono prawidłowe wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły one dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia czy przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych już w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania.

Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, w szczególności, że ustawa p.z.p. nie określa minimalnej treści wezwania do wyjaśnień i często ma ono charakter blankietowy. Zamawiający zazwyczaj ograniczają się do wskazania na treść art. 224 p.z.p. bez podania, które elementy czy obszary zaoferowanej ceny/kosztu/ich istotnych części składowych powinno się szczegółowo wyjaśnić, ponieważ wzbudziły wątpliwości jednostki zamawiającej. W orzecznictwie przyjmuje się, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. Zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny powinno mieć formę konkretnych zagadnień/pytań, które budzą wątpliwości zamawiającego, i które będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę – aby wykonawca mógł rozwiązać wątpliwości

zamawiającego najpierw musi wiedzieć, które elementy wzbudziły jego zastrzeżenia i w jakim kierunku mają podążać składane wyjaśnienia.

Ponadto, zgodnie z trafnym stanowiskiem doktryny: „Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Nie oznacza to jednak niejako automatycznie, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest składanie wyjaśnień co do wszystkich składowych mających wpływ na cenę lub koszt oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego przede wszystkim w zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. Wobec tego zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy. Okoliczność, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, nie zwalnia zatem zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy.”. (tak E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, 2023 r., art. 224, LEX).

Jak również, co także podziela skład orzekający, „Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP. (...) Przepisy PZP nie regulują wprost kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania. Stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć z uwzględnieniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego

wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, powtarzający treść komentowanego przepisu.”. (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022, wyd. 4, art. 224, Legalis).

Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. nie zawiera wskazania ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia sposób kalkulacji ceny. Dopiero po ustaleniu, że postępowania wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. *Ergo* wezwanie powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i jednoznaczny, bądź nie pytał w ogóle. (por. też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.01.2020 r. sygn. akt: KIO 82/20, gdzie zaznaczono, że „Izba wskazuje, że Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności, gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną”).

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami odpowiadają ogólnemu żądaniu zamawiającego z wezwania z dnia 8 lutego 2023 r., jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej. W związku z powyższym nie budzi wątpliwości składu orzekającego, że w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny ofert i wobec otrzymanej treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposób obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu zabrakło.

Na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Wyjaśnienia także odpowiadają wezwaniu – zamawiający żądał złożenia wyliczenia ceny i wskazania czynników, które miały wpływ na obniżenie ceny oferty, w szczególności w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p. Żądano również przedstawienia dowodów.

W wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępujący wskazał na doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych o znacznej wartości. Posiadane *know-how* powiązano z wpływem na umiejętności organizacyjne i techniczne pozwalające na wybór najkorzystniejszych, w tym także najtańszych, rozwiązań w budowlanych procesach projektowych. Podnoszono, że wykonawca posiada szeroki zakres i wieloletnią historię kontraktów handlowych z hurtowniami i dostawcami usług budowlanych i projektowych, co pozwala na optymalizację kosztów. Podkreślono również korzystne warunki w postaci współpracy z podwykonawcami poszczególnych części robót budowlanych. Odniesiono się do sfinansowania zamówienia z własnych środków, bez konieczności ponoszenia kosztów pozyskania kapitału i powierzenie przeważającej części zewnętrznym dostawcom, co powoduje brak zwiększenia kosztów pracowników, a także koordynowanie prac podwykonawców przez właścicieli spółki, których wynagrodzenie wypłacane jest z zysku. Przy czym dodano, że do realizacji zamówienia, oprócz właścicieli, skierowanych zostanie trzech pracowników zatrudnionych na pełen etat, zgodnie ze stawkami podanymi w wyjaśnieniach (str. 3 wyjaśnień z 08.02.2023 r.). W dalszej kolejności przystępujący podkreślił posiadane relacje z lokalnymi podwykonawcami (z miejscowości: Krobia, Gostyń, Lasocice, Leszno), co pozwala mu na oszczędności, w tym co istotne – w bliskiej odległości równocześnie będzie realizowana przez przystępującego za ich pomocą inna inwestycja, co zdaniem wykonawcy także zaoszczędzi koszty związane z transportem osób i materiałów budowlanych na miejsce budowy, innych materiałów i usług niezbędnych do wykonania zamówienia, i pozwoli na wyższe upusty wobec liczby powierzonych zadań (terminy realizacji zgodnie z tabelą na str. 4 wyjaśnień z 08.02.2023 r.). Odniesiono się także do posiadanego samochodu ładowanego energią elektryczną pozyskiwaną z instalacji fotowoltaicznej i dysponowania trzema ciężarowymi samochodami dostawczymi. Dodano, że spółka zapewni przestrzeganie przepisów dotyczących minimalnych kosztów pracy i innych przepisów z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, w tym wykonawca zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę oraz wywiązuje się z obowiązków dotyczących płatności obowiązkowych składek, a także zobowiązuje podwykonawców do przestrzegania ww. obowiązków (art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p.).

Do wyjaśnień dołączono kalkulację (zestawienie kosztów) i dowody – oferty podwykonawców, potwierdzenie płatności składek, dowody rejestracyjne pojazdów, zaświadczenie o wysokości salda i wzór umowy z podwykonawcą.

Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia są lakoniczne i nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny, tj. przedstawiono scalone pozycje dla poszczególnych robót, bez rozbicia na robociznę, materiały, sprzęt i koszty pośrednie. Umknęło jednak uwadze strony, że po pierwsze – przedmiotem umowy jest zaprojektowanie i wybudowanie przedszkola, na obecnym etapie opieramy się więc na programie funkcjonalno-użytkowym, czyli brak jest drobiazgowych opracowań odnoszących się do planowanej inwestycji, w przeciwieństwie do zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Jak zauważył sam odwołujący właściwy zakres prac będzie wynikał dopiero z wykonywanej w ramach zamówienia dokumentacji projektowej i to wykonawca określi finalny rozmiar prac (str. 3 odwołania) – trudno zatem wymagać od wykonawców/podwykonawców posiadania obecnie bardzo szczegółowej kalkulacji z rozbiciem na każdy koszt. Odwołujący także nie posiada jeszcze projektu i opiera się na założeniach koncepcyjnych – tak złożona przez odwołującego korespondencja elektroniczna młodszego kosztorysanta pana K.T. z dnia 17.03.2023 r. z P.H.U. Metal-System G. O. w Gdańsku.

Określenie przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia również stanowi zestawienie kosztów, zamawiający nie żądał też tak drobiazgowych danych. I ostatecznie, takowej kalkulacji nie przedstawił także odwołujący, który generalnie odniósł się do scalonych pozycji kosztów. Co istotne, złożone przez odwołującego dokumenty będące ofertami na poszczególne elementy ceny również nie posiadają takiego rozbicia. Przedmiotowe oferty jako podstawę przyjmują jakieś założenia, które pozwalają na ogólną wycenę prac, w tym są to ceny ryczałtowe albo odniesienie do cen jednostkowych, czasem z zestawieniem zakładanej ilości. Kosztorys szczegółowy złożono dla ścian wewnętrznych działowych, sufitów podwieszanych i elewacji (3 pozycje z niemal 40 pozycji zestawienia kosztów), zatem nie jest to materiał na takim poziomie szczegółowości jakiego odwołujący oczekuje od swojej konkurencji. O ile w większości przypadków, niezależnie od tego co dany wykonawca przedstawi, odwołujący podnoszą, że można było wyjaśnić daną okoliczność szerzej, jaśniej, na większym poziomie szczegółowości, czyli w standardzie „wyższej poprzeczki” niż przyjęty, to ocena złożonych wyjaśnień nie następuje na podstawie subiektywnego przekonania odwołującego co konkurencja mogła zrobić lepiej, a na podstawie warunków realizacji danego zamówienia i charakteru przedmiotu umowy.

Po drugie – kalkulacja przystępującego zawarta w załączniku nr 1 do wyjaśnień, jak zaznaczono w ich treści (*vide* str. 3 wyjaśnień z 08.02.2023 r.), powstała przy uwzględnieniu otrzymanego od zamawiającego, w trybie dostępu do informacji publicznej, zestawienia kosztów sporządzonych dla tej inwestycji przez projektanta. Czyli wykonawca uzyskał dokumenty dotyczące szacowania wartości zamówienia dokonanego przez zamawiającego i aby zamawiający mógł porównać ustalone przez siebie kwoty dotyczące realizacji umowy z cenami zaoferowanymi przez przystępującego, wykonawca zestawił poszczególne pozycje

będące składowymi elementami zamówienia (ok. 40 pozycji). Zamawiający otrzymał więc materiał, który mógł bezpośrednio porównać ze swoimi szacunkami i stwierdzić czy zawarto w cenie przystępującego wszystkie składniki cenowe i w jakiej wysokości je wyceniono. Powyższe świadczy o działaniu przystępującego z podwyższonym stopniem staranności niż wymagany w obrocie.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że w cenie oferty przystępujący nie zawarł narzutów. Nic takiego z zestawienia kosztów nie wynika, poza tym powodowałoby to konieczność przyjęcia, że w szacowaniu zamawiającego także nie mamy kosztów materiałów, sprzętu, robocizny, itd. co byłoby co najmniej niezasadne. Powyższe miało także wynikać z ofert podwykonawców. Z załączonych do wyjaśnień ofert podmiotów współpracujących z przystępującym nie sposób wyciągnąć takich wniosków. W jednej z ofert – Dawen Group S.C. w Gostyniu, wskazano, że nie zawarto kosztów materiału, co nie oznacza, że przystępujący nie kupi go sam. W wyjaśnieniach powołano się na współpracę z hurtowniami, więc takie założenie jest uprawnione. Niemniej zamawiający powinien dopytać o te okoliczności przystępującego, aby mieć wiedzę czy wszystkie niezbędne elementy zostały właściwie wycenione.

Ponadto, materiał procesowy złożony przez odwołującego dotyczący tabeli zestawienia kosztów co do pozycji roboty budowlane: poz. 9, 16 i 17, elewacja, plac zabaw, instalacje elektryczne, instalacje sanitarne, przekonuje, że cena powinna być dalej wyjaśniana. O ile rację ma zamawiający, że oferty odwołującego nie do końca dotyczą warunków dostępnych dla przystępującego, ponieważ zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami posiada on szczególne czynniki pozwalające na obniżenie ceny, a to są oferty raczej pokazujące tendencje rynkowe, to zestawienie poziomu tych cen budzi uzasadnione wątpliwości. Zamawiający powinien wystosować do odwołującego wezwanie z określonymi zagadnieniami/pytaniami, które zakresy wyjaśnień (zestawienia kosztów z załącznika nr 1 do wyjaśnień z 08.02.2023 r.) należy uszczegółowić, ponieważ o ile w znacznej większości pozycji ceny są obiektywnie realne, to w tych, które wskazał odwołujący, należy je rozwinąć (por. też tabela za str. 7 odwołania).

Gdyby zamawiający dopytał o powyższe okoliczności przystępującego, to mógłby odnieść się do zarzutów odwołującego i dokładnie wyjaśnić poziom przyjętych cen, a nie pozostawiać swoje stanowisko jako odwołanie się do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Izba nie neguje, że wynagrodzenie ryczałtowe powoduje, że bezpodstawnym jest oczekiwanie załączenia do wyceny szczegółowego kosztorysu i wyliczenia wszystkich szczegółowych elementów dla każdej z pozycji, jednakże wyjaśnienia ceny powinny dostarczyć zamawiającemu argumentów otrzymanych od przystępującego wskazujących dlaczego w tych pozycjach cena jest realna. Zamawiający o to nie zapytał, więc operuje swoimi przypuszczeniami, których niczym nie poparto.

Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie – przykładowo wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium – i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, co potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10, gdzie stwierdzono, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.”. (por. też orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88). Arytmetyczne porównanie przedstawione przez odwołującego nie może jednoznacznie przesądzać o konieczności odrzucenia oferty jego konkurencji, w szczególności, że zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i złożone wraz z nimi dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w cenach (tabela ze str. 7 odwołania oraz kalkulacja złożona przez odwołującego wraz z ofertami) nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how* – co ma odzwierciedlenie w wyjaśnieniach przystępującego – są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty (doświadczenie przystępującego w realizacji Przedszkola Miejskiego nr 12 w Lesznie, decyzja nr 38/2022/UŻ ws. pozwolenia na użytkowanie z 30.09.2022 r., zaświadczenie z 18.01.2023 r. o braku sprzeciwu na użytkowanie budynku wielorodzinnego w Kościanie), co jednak nie zwalnia zamawiającego z dokładnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Zamawiający powinien też posiadać wiedzę jaki zakres zamówienia przystępujący zrealizuje własnymi siłami, a jaki zasobem podwykonawców, żeby sprawdzić przykładowo czy zaoferowana liczba personelu jest adekwatna do realizacji zamówienia. Nie chodzi o poznanie dokładnych danych podwykonawców, ale o przybliżenie rzędu wielkości prac, w jakikolwiek dający się skwantyfikować wymiar – w granicach zakresowych, procentowych, ponieważ obecnie nie są znane nawet przybliżone te wielkości.

Dodatkowo, co do ilości osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, należy zaznaczyć, że zamawiający pozostawił dobór personelu swobodzie wykonawcy, wskazane przez przystępującego wynagrodzenie kadry jest wyższe niż minimalne. Odwołujący nie wskazał ile jego zdaniem osób byłoby wymaganych do realizacji umowy i jakie koszty pracy byłyby realne. Argumentacja ograniczająca się do gołosłownego zanegowania liczby pracowników przystępującego to stanowczo zbyt mało dla postawienia skutecznego zarzutu. Nie wykazano, aby przyjęte wynagrodzenie było zaniżone. Izba nie miała z czym skonfrontować hipotez odwołującego, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia są nieprawidłowe. Podobnie w zakresie kosztu paliwa, stanowisko to jest gołosłowne i ogranicza się do negowania wyjaśnień ceny.

Natomiast co do zarzucania przez odwołującego, że ofertom podwykonawców należy odmówić przymiotu wiarygodności, ponieważ nie wskazano w treści formularza ofertowego przystępującego realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców, to takie wnioski są zbyt daleko idące. W tym przetargu wskazanie znanych na obecnym etapie nazw podwykonawców jest obowiązkiem o charakterze informacyjnym, jak również przystępujący nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu zasobami podwykonawców, więc nie ma podstaw do przyjęcia argumentacji odwołującego. Obecnie większość inwestycji, szczególnie o rozmiarach przedsięwzięcia będącego przedmiotem zamówienia, realizuje się nie zasobami własnymi, a poprzez zlecenie większości prac podwykonawcom. W zakresie momentu podania nazw podwykonawców trudno też nie zauważyć, że racjonalny ustawodawca zdaje sobie sprawę, że od złożenia oferty w przetargu do czasu realizacji zamówienia planowany sposób wykonania umowy może ulec zmianie (dany podwykonawca może zrezygnować, można znaleźć tańszy podmiot, etc.), ponieważ ma na uwadze charakterystykę i dynamikę rynku robót budowlanych. Ponadto, skład orzekający nie znalazł także podstaw, aby odmówić wiarygodności stanowisku odwołującego z wyjaśnień kalkulacji ceny i z rozprawy, że jest to jego stała baza podwykonawców, za pomocą których realizował również inne roboty, w tym na rzecz Przedszkola Miejskiego nr 12 w Lesznie. Co także istotne, w zakresie podwykonawców przystępujący złożył wraz ze swoim stanowiskiem procesowym dodatkowe oferty/oświadczenia od tych podmiotów.

Zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z powodu braku szczegółowego dopytania przez zamawiającego w przetargu, w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego. Przystępujący próbował przedstawiać dodatkowe dowody w zakresie tego, jak liczone cenę. Rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności jednostki zamawiającej w przetargu, będące podstawą do wyboru oferty. Właściwym etapem na

przedstawienie tego materiału jest etap składania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, obecnie twierdzenia te są spóźnione. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny powinno być elementem oceny i badania ofert, a nie następować na rozprawie.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można wykluczyć także potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p. Zamawiający powinien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia są spójne, logiczne i adekwatnie odpowiadają na wezwanie zamawiającego, załączono do nich właściwe dowody. Izba nie podzieliła zatem stanowiska odwołującego o zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, co nie powoduje, że działanie zamawiającego było prawidłowe. W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy powoduje, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamiast kontynuować postępowanie wyjaśniające cenę przedwcześnie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej. Wezwanie zamawiającego było ogólne, sprowadzało się do przywołania norm p.z.p., przystępujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Prawidłowo działający zamawiający winien ponownie wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień tym razem wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu.

Skład orzekający nie zasądził na rzecz odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wymaga udowodnienia ich poniesienia stosownym, prawidłowym dokumentem (koszty ustalane i zasądzone są na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy), a złożona przez odwołującego faktura dotyczy zastępstwa procesowego w innej sprawie (sygn. akt: KIO 770/23). Brak jest więc podstaw do obciążenia zamawiającego nieprawidłowo wystawionym dokumentem. Przyjmując nawet, że doszło do omyłki w podaniu sygnatury – pomimo, że Izba nie jest uprawniona do dokonywania wykładni dokumentu, za którego prawidłowość odpowiedzialność ponosi strona – brak jest w treści faktury VAT innych oznaczeń (oprócz wadliwej sygnatury), które mogłyby identyfikować postępowanie odwoławcze czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie. Strony uczestniczą w obrocie profesjonalnym, nie jest zatem uzasadnionym, aby obciążać zamawiającego kosztami, co do których nie wykazano ich poniesienia. Ergo wobec braku dowodu poniesienia przedmiotowych wydatków w tym postępowaniu odwoławczym skład orzekający nie miał podstaw do ich zasądzenia na rzecz odwołującego.

Przewodniczący:

.....