

Sygn. akt: 1032/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **ETNA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Wyspiańskiego 48A, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez **ZARZĄD BUDYNKÓW KOMUNALNYCH W WIELICZCE, ul. Juliusza Słowackiego 51, 32-020 Wieliczka**

przy udziale wykonawcy **WODPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ETNA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skawinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **ETNA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Skawinie** na rzecz zamawiającego **ZARZĄD BUDYNKÓW KOMUNALNYCH W WIELICZCE** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 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

Sygn. akt: 1032/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Budynków Komunalnych w Wieliczce prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Remont budynku Szkoły Podstawowej w Podstolicach gm. Wieliczka”. Nr ogłoszenia z w BZP: 2023/BZP 00045438/01

Wykonawca: ETNA sp. z o. o. sp. k. z/s w Skawinie wniósł dnia 11 kwietnia 2023 r. odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty WODPOL Sp. z o.o. (dalej „WODPOL”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. przez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której treść oferty jak i wyjaśnienia Wykonawcy wraz z dowodami uzasadniają cenę podaną w ofercie i dowodzą, że nie jest ona rażąco niską,
- 2) art. 16 ust. 1 p.z.p. przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, tj. oferty złożonej przez WODPOL,
ewentualnie
- 3) naruszenie także art. 224 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do dalszych wyjaśnień w zakresie ceny oferty lub tych jej istotnych części składowych, które pomimo złożenia wyjaśnień nadal budziły wątpliwości Zamawiającego.

Wobec powyższego wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty ETNA sp. z o.o. sp.k. z/s w Skawinie,
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ETNA sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Skawinie i dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego się na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert.

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty ETNA sp. z o.o. sp.k. z/s w Skawinie,
3. dokonania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub jej istotnych elementów składowych

W postępowaniu złożono 8 ofert. Wg kryterium cenowego należy wskazać, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Oferta nr 5 Wykonawcy WODPOL z ceną brutto w wysokości 1 132 400 zł została oceniona jako najkorzystniejsza, gdyż otrzymała najwyższą łączną punktację spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. 100 pkt.

Oferta Etna sp. z o.o. sp. k. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 224 ust. 6 pzp gdyż Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

14.02.2023 r. Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Jednakże, pomimo przesłania dokładnych wyjaśnień wraz z kosztorysem szczegółowym, tabelą elementów scalonych oraz innymi dokumentami Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Z powyższymi argumentami Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Ad zarzut 1)

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż 19.01.2023 r. Zamawiający opublikował informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazując, iż jest to kwota brutto w wysokości 859 268,80 zł. Tymczasem kwota w ofercie ETNA sp. z o.o. sp. k. wynosiła 947 900 zł, a zatem była wyższa o 88 631,12 zł niż wyżej wskazana.

Odwołujący nie kwestionuje tego, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający powołując się na tenże przepis wskazał również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. 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, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne i szczegółowe, aby zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

Zdaniem Odwołującego dokonał on zadość tym wymaganiom. Przedłożył szczegółowy kosztorys, w którym ujęto wszystkie elementy ceny wraz z tabelą elementów scalonych, wskazano także koszty roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, itp. Przedłożono wszelkie dokumenty i wykazano wszystkie okoliczności wymagane przez Zamawiającego. Niezrozumiałą jest zarzut, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia

wyjaśnień w zakresie ceny wraz z wyjaśnieniami oraz kosztorysem przedstawił absolutne minimum określone przez Zamawiającego w wezwaniu. Zamawiający wysnuł również pozbawiony podstaw wniosek, iż z uwagi na ograniczoną liczbę przedstawionych dowodów oraz ich ogólny charakter (w szczególności ogólne oświadczenie o udzielanych rabatach bez wskazania konkretnej wyceny materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia) można przyjąć, że zostały one przedstawione nie w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, ale w celu wypełnienia formalnego obowiązku ich przedłożenia. Wskazać należy, iż z wezwania nie wynikało, że Wykonawca powinien wnieść jakiegokolwiek inne dokumenty, ani też, iż powinien przedłożyć jak największą liczbę dokumentów na poparcie zaproponowanej ceny. Odwołujący przedłożył wszelkie dokumenty, które uznał za stosowne i wystarczające celem udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę /.../; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Skarżący w swoich wyjaśnieniach odniósł się do takich elementów cenotwórczych jak:

1) organizacja pracy, przyjęta do wykonania zamówienia; 2) będący w dyspozycji Wykonawcy zamortyzowany sprzęt i wyposażenie, niezbędne do realizacji usługi; 3) upusty na zakup materiałów 4) zmniejszenie narzutu na koszty bezpośrednio i pośrednio; 5) realizacja zamówienia bez udziałów podwykonawców.

Zamawiający bezpodstawnie uznał, że „z uwagi na ograniczoną liczbę przedstawionych dowodów oraz ich ogólny charakter (w szczególności ogólne oświadczenie o udzielanych rabatach bez wskazania konkretnej wyceny materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia) można przyjąć że zostały one przedstawione nie w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, ale w celu wypełnienia formalnego obowiązku ich przedłożenia”.

Zdziwienie budzi, że Zamawiający oczekiwał konkretnej wyceny materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia. W takim przypadku dostawca materiałów musiałby przygotować szczegółowe zestawienie cenowe dla wszystkich pozycji kosztorysowych. Tymczasem skoro dostawca – Materiałówka B. L. i Wspólnicy sp. j. złożył oświadczenie, że wartość

udzielonych rabatów to 45-70% to oznacza to, że Wykonawca wykazał co najmniej, iż mamy do czynienia ze szczególnie korzystnymi warunkami dostaw – por. art. 224 ust. 3 pkt 2) p.z.p.

Zamawiający zarzucił Wykonawcy, iż jego wyjaśnienia są zbyt ogólne. Jak wynika ze stanowiska doktryny - wezwanie do wyjaśnień powinno być „precyzyjne i powinno 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 zakwestionowane i które budzą wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową. 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.

Zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień ograniczył się do zacytowania art. 224 ust. 3 i wskazał co Wykonawca ma przedstawić. Wykonawca zadośćuczynił oczekiwaniom. Jeżeli Zamawiający miał dalsze wątpliwości co do ceny oferty lub poszczególnych istotnych elementów, mógł i powinien wystąpić o ewentualne dalsze wyjaśnienia.

W przypadku nieściśłości lub niewystarczających zdaniem Zamawiającego wyjaśnień, miał on możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o złożenie bardziej szczegółowych informacji, na co zwrócono m.in. w wyroku KIO 2598/17 - Kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień.

Wbrew stanowisku Zamawiającego ewentualne ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

Celem ustawodawcy było doprowadzenie do sytuacji, aby Zamawiający wybierał ofertę najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego w tym przypadku była najkorzystniejsza. Nie było to podyktowane wskazaniem rażąco niskiej ceny, jak wskazuje Zamawiający, lecz skutkiem wieloletniej współpracy Wykonawcy z wieloma innymi podmiotami oraz jego stałymi kontrahentami, czego skutkiem są wyjątkowo korzystne warunki handlowe. Na konkurencyjną cenę wpływa również m.in. dostęp do stałego personelu o odpowiednich kwalifikacjach oraz potencjał kadrowy Odwołującego.

Wskazuje się, iż rażąco niską jest jedynie cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego

zysku. Zatem o cenie rażąco niskiej można mówić jedynie wtedy, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Z wyjaśnień Odwołującego jasno wynika, iż cena zaoferowana pozwala na wygenerowanie zysku. Wynika to m.in. z kosztorysu szczegółowego oraz złożonych oświadczeń, które to dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 859 268,80 zł, a zatem niższą niż wynikająca z oferty. Nie bez znaczenia jest fakt, że cena najwyższa w ofercie SSBUD sc Sebastian Ścisło, Sylwester Skoczek wyniosła 2 104 447,26 zł, a zatem jest ponad dwukrotnie wyższa niż planowany budżet zamawiającego. Niewiele niższa była oferta Pawła Oleksego - PRB „OLEXBUD” z /s w Porąbce Iwkowskiej, cena wynosiła 1 933 153,87 zł. Należałoby się zastanowić, czy nie są to kwoty rażąco wygórowane. Z całą pewnością miały wpływ na średnią arytmetyczną cen ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10 p.z.p., w związku z czym zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień.

Trudno zrozumieć stanowisko Zamawiającego, który w wezwaniu podał, że w trakcie badania ofert stwierdzono, iż „cena oferty złożona przez Wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku z czym budzi wątpliwość zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”, a sam jednocześnie zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę o blisko 10% niższą. Wydaje się nieprawdopodobne, aby zamawiający ponosił koszty związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, co do którego miał świadomość, że kwota przeznaczona na jego realizację nie pozwala na prawidłowe jego wykonanie.

Wykonawca wprost wskazał, iż cena oferty jest adekwatna do przedmiotu zamówienia i pozwala na jego realizację, przy zachowaniu zysku na satysfakcjonującym go poziomie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podał, że po przeanalizowaniu przedłożonego przez Wykonawcę kosztorysu szczegółowego Zamawiający stwierdził, że jego treść, nie rozwiewa wątpliwości odnośnie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, gdyż wycenione roboty odbiegają od cen rynkowych, a Wykonawca nie przedstawił dostatecznie skonkretyzowanych dowodów pozwalających na uznanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności stwierdzono, że:

- a) pozycja odpowiadająca pozycji nr 23 przedmiaru robót. Cena za zbrojenie i zakotwienie płyty konstrukcyjnej której cena 6,01 zł/kg znacznie odbiega od cen wykonania zbrojenia i zakotwienia w technologii wymaganej w projekcie.
- b) pozycja odpowiadająca pozycji nr 31 przedmiaru robót. Wykonawca winien ująć w wycenie płytki gresowe antypoślizgowe posiadające deklarację właściwości użytkowej dla budynków użyteczność publicznej w tym szkolnej zgodnie z komunikatem z dnia 03.02.2023

r. co jednakże nie wynika z przedstawionego kosztorysu a wartość tej pozycji znacznie odbiega od wartości rynkowych płytek wymaganych przez Zamawiającego.

c) pozycja odpowiadająca pozycji nr 37 przedmiaru robót. Cena ułożenia płytek wraz z materiałem, która zdaniem Zamawiającego skalkulowana jest znacznie poniżej wartości rynkowej.

d) opłaty za utylizację gruzu znacznie odbiegają od wartości rynkowych.

ad a).

Skarżący wskazuje, że poz. 23 odnosi się do zbrojenia płyty, w tym do zakotwienia w ścianach. Obecnie cena stali kształtuje się na poziomie poniżej 3,85 zł/kg, a samo zbrojenie koszt ok. 2 zł/kg. Oznacza to, że pozostaje na zakotwienie co najmniej 0,16 zł na każdy zamontowany kilogram zbrojenia.

Z ogólnodostępnych informacji wynika, że aktualne ceny stali w Polsce wg PUDS (Polska Unia Dystrybutorów Stali) na 14 tydzień (od 3 do 9 kwietnia) to: Pręt żebrowany fi 12mm, - min. 3424 zł, maks. 3600 zł

ad b)

W poz. 31 przedmiaru ujęto płytki wymagane (zgodne z treścią komunikatu z 3.02.2023 r.). Opis materiału „płytki ceramiczne i terakotowe” jest tylko wypełnieniem pozycji „płytki”. Nie ma podstaw do wymagania, aby każda pozycja kosztorysu zawierała szczegółowy opis. Gdyby takie było oczekiwanie i wymogi Zamawiającego to Wykonawcy powinni określać w każdej pozycji nawet klasę kleju np "c2te" lub "s8" lub np. w pozycji „montaż ścianek działowych” zamiast materiału naturalnie występującego w pozycji „wkręty do płyt gipsowych” zamieniać na pozycje "wkręt fosforowany do profili stalowych" i dodatkowo dodać osobno "wkręt fosfatowany do profili stalowych samowiercący".

Skoro wymagania materiałowe zostały opisane w dokumentacji, a Wykonawcy zobowiązali się do przestrzegania wymogów, to brak szczegółowych opisów poszczególnych pozycji kosztorysu nie może świadczyć o niezgodności parametrów oferowanych materiałów z wymaganiami. Koszt płytek określonych w komunikacie to około 26,93 zł/m². Przy tak dużych zamówieniach jakich dokonuje Wykonawca, podany w ofercie koszt nie stanowi ceny rażąco niskiej. Należy przy tym dodać, że wartość całej pozycji - 74,33 zł/m² za ułożenie płytek na już wcześniej przygotowanym podłożu przy takiej ilości i przy stosowaniu przemysłowej metody układania stanowi cenę zwykle stosowaną przez Odwołującego. Dodać przy tym należy, że w pozycji 30 przedmiaru uwzględniono przygotowanie podłoża za cenę 14,25 zł/m².

ad c) poz. 37 - cena 115,48 zł za jeden m² ułożenia płytek to cena, która nie odbiega od cen ofertowych Wykonawcy – zwłaszcza, że poprzedza ją pozycja przygotowanie podłoża za kwotę 18,29 zł/m² (poz. 36 przedmiaru) co w sumie daje 133,77 zł/m²..

ad d) koszt utylizacji jest trudny do określenia, ponieważ o ile np. papę należy poddać utylizacji (obecnie nie wiadomo ile dokładnie jej będzie), o tyle styropian, folie itp. Wykonawca oddaje firmom do recyklingu. Gruz zostaje zagospodarowany przez Wykonawcę we własnym zakresie ze względu na liczne prowadzone roboty budowlane dla wielu inwestorów. Obniża to w sposób oczywisty ogólne koszty realizacji zamówienia.

Gdyby Zamawiający w swoim wezwaniu zwrócił się o wyjaśnienia w zakresie ww. czy też jakichkolwiek innych pozycji kosztorysu Wykonawca złożyłby szczegółowe wyjaśnienia.

Ad zarzut 2)

W konsekwencji wadliwej czynności odrzucenia oferty, która nie powinna być odrzucona, tj. oferty ETNA sp. z o.o. sp. k. Zamawiający naruszył przepisy art. 16 ust. 1 pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Ad zarzut ewentualny 3)

Zamawiający podniósł w rozstrzygnięciu, że niedopuszczalne było kolejne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co naruszyłoby to zasadę równego traktowania Wykonawców.

Nie sposób zgodzić się z tym stanowiskiem, gdyż z wezwania do złożenia wyjaśnień nie wynikało jakie są konkretne oczekiwania Zamawiającego. Wymieniono dokumenty, których przedłożenia wymagał Zamawiający i takowe dokumenty otrzymał. Ponadto Wykonawca odniósł się do tych elementów cenotwórczych, o których mowa w art. 224 ust. 3 p.z.p.

P.z.p. nie reguluje tego, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1. 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. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były złożone rzetelnie w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu” .

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z 2.12.2020 r. (II Ca 915/20) ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to

zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. KIO podkreśla, że „możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy: 1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy; 2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego” (KIO 466/17, Legalis).

"Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny nie jest co do zasady wykluczone.

Niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego" (KIO 421/22).

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości do tego, czy cena zaoferowana nie jest rażąco niską, co najmniej powinien wystąpić z kolejnym tym razem szczegółowym wezwaniem tak, aby Wykonawca mógł precyzyjnie rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako w całości bezzasadnego,

Postawione zarzuty zdaniem Zamawiającego są bezpodstawne.

Faktem jest, że Zamawiający rozstrzygnął postępowanie m.in. w ten sposób, że ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający doszedł do przekonania, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący złożył bowiem ofertę, w której zaoferował cenę brutto w wysokości 947 900 zł. W dniu 14 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający zauważył bowiem, że zaoferowana przez Wykonawcę cena brutto jest niższa o 35,05% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, która wynosi 1

459 349,00 zł oraz o 38,14% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 1 245 807,71 zł i powiększonej o należny podatek VAT. Wobec tego Zamawiający zobowiązany był do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

W wystosowanym wezwaniu Zamawiający precyzyjnie wskazał Wykonawcy, że oczekuje przedstawienia kalkulacji kosztów w formie kosztorysu szczegółowego wraz z tabelą elementów scalonych zgodnego ze złożoną ofertą uwzględniając w szczególności opis przedmiotu zamówienia w SWZ, dokumentację, STWIOR, i przedmiar robót. Wykonawca zobowiązany był podać nośniki cenotwórcze (w szczególności wysokość roboczogodziny, zysk) na podstawie których został sporządzony w/w kosztorys szczegółowy.

Ponadto podkreślił, że wraz z wyjaśnieniami Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody dotyczące kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, przy czym przez dowody należy rozumieć np. oferty cenowe materiałów, oferty wypożyczenia sprzętu budowlanego, umowy wstępne z podwykonawcami (jeżeli przewiduje się udział podwykonawców) itp.

17 lutego 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w części utajnione. 22 lutego 2023 r. Zamawiający częściowo odtajnił przedmiotowe dokumenty, czego Wykonawca nie zaskarżył. Po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień wraz z dowodami Zamawiający doszedł do przekonania, że Wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Konsekwencją tej decyzji było odrzucenie oferty Odwołującego, co Zamawiający uzasadnił na str. 2-5 zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 5 kwietnia 2023 roku.

Odwołujący nie zgadzając się z taką decyzją podniósł w odwołaniu następujące argumenty.

1. Odwołujący wskazał, iż 19 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wskazując, iż jest to kwota brutto 859 268,80 zł. Tymczasem kwota wskazana w ofercie ETNA sp. z o.o. sp. k. wynosiła 947 900 zł, a zatem była wyższa o 88 631,12 zł niż pierwotnie przeznaczona przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powyższego wskazujemy, że art. 224 ust. 2 ustawy Pzp nakładając na Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odwołuje się nie do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Szacowana wartość zamówienia w tym postępowaniu wynika z wykonanego przez Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego z dnia 18 listopada 2022 roku, w którym wartość zamówienia obliczono na 1 532 343,48 zł brutto.

Zamawiający w tym postępowaniu nie dysponował jednak kwotą na sfinansowanie zamówienia w pełni odpowiadającą tej, która wychodziła z szacunków. UZP w opinii pn. „Relacja wartości szacunkowej zamówienia do kwoty, którą zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (www.uzp.gov.pl, informator nr 2/2019) wskazuje jednoznacznie, że jest to sytuacja w pełni dopuszczalna. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, może być zarówno niższa jak i wyższa od wartości szacunkowej.

Okoliczność, że cena ofertowa Odwołującego była wyższa o 88 631,12 zł niż przeznaczona przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia nie ma zatem żadnego znaczenia w niniejszej sprawie, bowiem to kwota wynikająca z szacowania jest kwotą stanowiącą punkt odniesienia do oceny rażąco niskiej ceny, a ta wynosi 1.245.807,71 zł. netto , co daje 1.532.343,48 zł. brutto.

Ponadto - cena oferty Odwołującego była nie tylko o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, ale i od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a to właśnie ta wartość dobitnie pokazuje w jaki sposób ukształtowane są ceny na rynku.

2. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Zdaniem Odwołującego dokonał on zadość tym wymaganiom. Przedłożył bowiem w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień szczegółowy kosztorys, w którym ujęto wszystkie elementy ceny wraz z tabelą elementów scalonych, wskazano także koszty roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, itp.

Odwołujący pomija jednakże fakt, że wezwanie do złożenia kosztorysu było tylko jednym z elementów skierowanego w dniu 14 lutego 2023 roku wezwania. Zamawiający bowiem oczekiwał od Wykonawcy złożenia wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych, na podstawie których obliczono cenę ofertową. Zamawiający jednoznacznie wskazał też, że wymaga złożenia dowodów dotyczących tej kalkulacji.

Mimo tego Wykonawca poprzestał na złożeniu kosztorysu wraz z dwoma ogólnymi oświadczeniami w żaden sposób nie odzwierciedlającymi ujętych w kosztorysach cen.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie powinien nie tylko przedstawić kalkulację, ale i złożyć wyjaśnienia i wykazać dowodami, że faktycznie posiada możliwość obniżenia kosztów w sposób wskazany w kosztorysie. Żadne takie wyjaśnienia nie zostały jednak złożone, nie mówiąc już o dowodach na poparcie wskazanych cen.

3. Odwołujący wskazuje, że jego zdziwienie budzi, że Zamawiający oczekiwał konkretnej wyceny materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia. W takim bowiem przypadku dostawca materiałów musiałby przygotować szczegółowe zestawienie cenowe dla wszystkich pozycji kosztorysowych. Tymczasem skoro dostawca materiałów – Materiałówka B. L. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Liszkach złożył oświadczenie, że wartość udzielonych

rabatów to 45-70% to oznacza to, że Wykonawca wykazał co najmniej, iż mamy do czynienia ze szczególnie korzystnymi warunkami dostaw.

W odniesieniu do powyższego twierdzenia Odwołującego wskazać należy, że jak Zamawiający podniósł w punkcie wyżej – to Wykonawca był zobowiązany do wykazania, że jest w stanie zrealizować zamówienie za podane przez siebie ceny. Jeśli Wykonawca podaje w kalkulacji określoną cenę za dany materiał – i jest to cena znacznie odbiegająca od cen rynkowych – to powinien pokazać, że faktycznie ma możliwość zakupu materiałów za podaną przez siebie cenę i przedstawić w tym zakresie konkretne oferty, z których zamierzał skorzystać.

Załączenie do wyjaśnień ogólnego dokumentu, z którego wynika, że Wykonawca ma jakieś upusty nic nie mówi Zamawiającemu, bowiem nadal nie wiemy od jakiej ceny są to upusty (tj. czy nawet po takim upuście Wykonawca płaci cenę wskazaną w kalkulacji) oraz czy są to upusty na materiały będące częścią niniejszego zamówienia.

W wyjaśnieniach Wykonawca sam oświadczył, że swoją wycenę oparł na ofertach handlowych otrzymanych od swoich kontrahentów – co zatem stało na przeszkodzie, aby takie właśnie oferty handlowe załączyć do złożonych wyjaśnień? Jest to praktyka powszechna, aby takie dokumenty załączać do kalkulacji i wyjaśnień, bowiem pokazują one, że faktycznie Wykonawca ma dostęp do określonych materiałów za określoną cenę. W wezwaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał, że żąda przedstawienia, oprócz kosztorysu szczegółowego, również dowodów przy czym wskazał, że przez dowody należy rozumieć np. oferty cenowe materiałów – temu Wykonawca nie sprostał, bowiem żadnej oferty cenowej nie przedstawił.

Na marginesie dodać należy, że w wyjaśnieniach Wykonawca wskazał również, że korzysta z dostaw kontrahentów, z którymi pozostaje w wieloletnich kontaktach handlowych, podczas gdy spółka Odwołującego została zarejestrowana we wrześniu 2020 roku a zatem wieloletnie kontakty handlowe to zdecydowanie zbyt optymistyczne sformułowanie. A co najistotniejsze w żadnym miejscu nie wskazano jakich materiałów dotyczą owe upusty, jakie są ceny wyjściowe itp. Słusznie zatem Zamawiający stwierdził, że złożone dowody są jedynie dokumentami „na sztukę” bowiem ich treści nie można odnieść do kwot wskazanych w kosztorysie.

4. Odwołujący podnosi, że złożone wyjaśnienia są ogólne, bowiem wezwanie do wyjaśnień również było ogólne, mimo że powinno być „precyzyjne i powinno wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić wyjaśnień”.

Jeśli Wykonawca nie miał wiedzy co do tego, jakie elementy wymagają wyjaśnienia to mógł zwrócić się do Zamawiającego o doprecyzowanie wezwania czy też wnieść odwołanie. Wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania prawdziwości zastosowanych kalkulacji.

Zamawiający wbrew temu co twierdzi Wykonawca w skierowanym wezwaniu nie poprzestał na powołaniu się na podstawy prawne, ale dokładnie zwrócił uwagę Wykonawcy, że oczekuje kalkulacji kosztów w formie kosztorysu szczegółowego wraz z tabelą elementów scalonych zgodnego ze złożoną ofertą uwzględniając w szczególności opis przedmiotu zamówienia w SWZ, dokumentację, STWIOR, i przedmiar robót. Zamawiający wskazał przy tym, że Wykonawca zobowiązany jest podać nośniki cenotwórcze (w szczególności wysokość roboczogodziny, zysk) na podstawie których został sporządzony w/w kosztorys szczegółowy. Ponadto, Zamawiający podkreślił, że wraz z wyjaśnieniami Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody dotyczące kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, przy czym przez dowody należy rozumieć np. oferty cenowe materiałów, oferty wypożyczenia sprzętu budowlanego itd.

Zamawiający nie ma obowiązku wskazywania w wezwaniu jakie szczegółowe koszty czy też dowody ma przedstawić Wykonawca. To Odwołujący ma obowiązek przedstawienia wyjaśnień i wykazania, które z elementów i dlaczego pozwalają mu na obniżenie ceny względem innych Wykonawców. Na potwierdzenie tych szczególnych okoliczności Wykonawca zobowiązany jest też złożyć dowody, bowiem w innym przypadku wyjaśnienia pozostają gołosłownymi deklaracjami, a Zamawiający nadal nie będzie miał pewności, że Wykonawca faktycznie posiada możliwość realizacji zamówienia za podaną cenę.

W tym stanie faktycznym, nawet złożenie kosztorysu, który stanowi „dopasowanie” kwot do podanej ceny ofertowej nie stanowi o szczegółowości złożonych wyjaśnień. Nie jest tak, że samo złożenie kosztorysu świadczy o prawidłowym złożeniu wyjaśnień, istotne jest to co w tym kosztorysie się znajduje, a przede wszystkim czy kwoty tam wskazane są wiarygodne.

Twierdzenie Odwołującego, że „z wezwania nie wynikało, że Wykonawca powinien wnieść jakiegokolwiek inne dokumenty, ani też, iż powinien przedłożyć jak największą liczbę dokumentów na poparcie zaproponowanej przez siebie ceny” jest niezrozumiałe, przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które Wykonawca zobowiązany jest złożyć w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny oferty. Wykonawca wie jakie elementy cenotwórcze stanowią jego przewagę i dają mu możliwość obniżenia ceny – te elementy powinien wskazać Zamawiającemu oraz udowodnić, czego Odwołujący w tym postępowaniu zupełnie zaniechał. Tym bardziej, że miał świadomość tego, że jego cena znacząco odstaje od ceny szacowanej i wartości rynkowych.

5. Zdaniem Odwołującego w przypadku zaistnienia nieścisłości lub niewystarczających zdaniem Zamawiającego wyjaśnień, miał on możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o złożenie bardziej szczegółowych informacji.

Zamawiający jednoznacznie wskazał Wykonawcy, że ma przedstawić kalkulację ceny ofertowej oraz wykazać dowodami, że ceny te są realne. Wykonawca poprzestał na

wskazaniu w kalkulacji cen, ale zupełnie nie odniósł się do tego skąd one wynikają i czy faktycznie ceny takie jest w stanie uzyskać (nie przedstawił na to dowodów). Wykonawca nie uczynił zadość pierwszemu wezwaniu, przez co gdyby Zamawiający miał skierować drugie wezwanie musiałby wezwać do tego samego co poprzednio.

Zamawiający oczywiście może dopytywać czy prosić o doprecyzowanie, ale w sytuacji gdy w wyjaśnieniach pojawiły się jakieś nowe okoliczności, o których Zamawiający wcześniej nie wiedział, więc nie mógł o nie zapytać. Nie dotyczy to sytuacji, w której w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Wykonawca nie dołożył należytej staranności i nie wykazał wiarygodności przedstawionych kalkulacji. Potwierdza to orzecznictwo KIO, np. (KIO 220/22).

Odnosząc się do elementów wskazanych przez Zamawiającego w treści odrzucenia, do których Odwołujący odniósł się w treści odwołania:

a) pozycja odpowiadająca pozycji nr 23 przedmiaru robót

Zamawiający wskazał, że cena za zbrojenie i zakotwienie płyty konstrukcyjnej w wysokości 6,01 zł/kg znacznie odbiega od cen wykonania zbrojenia i zakotwienia w technologii wymaganej w projekcie.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że poz. 23 odnosi się do zbrojenia płyty, w tym do zakotwienia w ścianach. Obecnie cena stali kształtuje się na poziomie poniżej 3,85 zł/kg, a samo zbrojenie to koszt ok. 2 zł/kg. Oznacza to, że pozostaje na zakotwienie co najmniej 0,16 zł na każdy kilogram zbrojenia. Odwołujący wskazał również, że z ogólnodostępnych informacji wynika, że aktualne ceny stali w Polsce według PUDS (Polska Unia Dystrybutorów Stali) na 14 tydzień (od 3 do 9.04.) to: pręt żebrowany fi 12mm - min. 3424 zł, maks. 3600 zł. W odniesieniu do powyższego Zamawiający wskazuje, że już same te argumenty są pozbawione logiki. Skoro jak twierdzi Odwołujący i kg stali – samych żebrowanych prętów to 3,85 zł./kg i taka wartość jest wpisana w kosztorysie, to nie ma możliwości, aby w tej cenie znalazła się technologia wykonania zbrojenia i zakotwienia wskazana w projekcie wraz z materiałem. Z treści kosztorysu wynika, że cena dotyczy zbrojenia tradycyjnego, a nie określonego w swz.

Ponadto Wykonawca mimo że w wezwaniu został poproszony o wyjaśnienia w zakresie kosztów robocizny to poza podaniem stawki w żaden sposób nie wykazał jak ją obliczył i że realnie dysponuje wykwalifikowanymi pracownikami, którzy za taką cenę są w stanie wykonać niniejsze zamówienie.

Jeśli Wykonawca posiada jakieś know-how w jaki sposób wykonać ten zakres prac w łatwiejszej technologii czy przez mniej wykwalifikowaną kadrę to również powinien wskazać to w wyjaśnieniach, czego nie zrobił.

Drugą okolicznością wzbudzającą wątpliwości jest fakt, że w kosztorysie stanowiącym szacowanie wartości zamówienia sporządzonym w listopadzie 2022 roku przyjęto za omawiany zakres cenę 11,27 zł. Składając ofertę w pierwszej połowie lutego 2023 roku Wykonawca zaoferował zaś za ten zakres cenę 6,01 zł. Jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu znaczną część kosztów w tej pozycji stanowi stal. W odwołaniu Odwołujący wskazał na aktualne ceny stali – jednak na przełomie stycznia i lutego 2023 roku, kiedy Odwołujący przygotowywał ofertę ceny stali były wyższe i wynosiły ok. 4 200 – 5 000 zł. W listopadzie, kiedy sporządzony był kosztorys ceny stali wynosiły ok. 3 500 zł. W jaki sposób Wykonawca oszacował więc ten zakres zamówienia, że zaoferował cenę niemalże dwa razy niższą niż w kosztorysie będącym podstawą szacowania – mimo że w momencie szacowania koszty stali były nawet niższe niż w momencie gdy Wykonawca składał ofertę? To kolejny element, do którego w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący w ogóle się nie odniósł.

b) pozycja odpowiadająca pozycji nr 31 przedmiaru robót

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, że Wykonawca winien ująć w wycenie płytki gresowe antypoślizgowe posiadające deklarację właściwości użytkowej dla budynków użyteczność publicznej w tym szkolnej - zgodnie z komunikatem z dnia 03.02.2023 r. Z przedstawionego kosztorysu nie wynika, aby Wykonawca przyjął do wyceny takie właśnie płytki, bowiem wartość tej pozycji znacznie odbiega od wartości rynkowych płytek wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący w tym zakresie wskazał, że oferowany przez niego koszt płytek to około 26,93 zł/m². Wskazał, że przy tak dużych zamówieniach jakich dokonuje Wykonawca, podany w ofercie koszt nie stanowi ceny rażąco niskiej. Dodał przy tym, że wartość całej pozycji - 74,33 zł/m² za ułożenie płytek na już wcześniej przygotowanym podłożu przy takiej ilości i przy stosowaniu przemysłowej metody układania stanowi cenę zwykle stosowaną przez Odwołującego. Dodał również, że w pozycji 30 przedmiaru uwzględniono przygotowanie podłoża za cenę 14,25 zł/m².

W tym kontekście Zamawiający wskazuje, że w odpowiedziach na pytania z dnia 3 lutego 2023 roku jednoznacznie wskazał Wykonawcom, że wykonać mają płytki gresowe antypoślizgowe posiadające deklarację właściwości użytkowej dla budynków użyteczność publicznej w tym szkolnej. Nie mogą to być zatem jakiegokolwiek płytki, a takie, które posiadają właściwości odpowiednie do używania ich w warunkach szkolnych.

Na rynku, nie ma żadnych płytek, które miałyby cenę chociażby zbliżoną do ceny wskazanej przez Wykonawcę. Najtańsze tego typu płytki mają ceny od 60 zł/m² wzwyż. Jeśli Wykonawca dysponuje płytkami spełniającymi wymagania Zamawiającego i posiada tak duże zniżki to powinien do wyjaśnień przedłożyć ofertę handlową czy potwierdzenie dostępności tego typu materiału - czego nie zrobił. Twierdzenia, że Wykonawca dysponuje

takimi płytkami to nic innego jak deklaracje, niepoparte żadnymi dowodami i budzące duże wątpliwości w porównaniu z cenami rynkowymi.

Odwołanie się do poz. 30 jest całkowicie pozbawione sensu. Bowiem pozycja ta dotyczy czynności przygotowania podłoża i jest do wykonania w zakresie tam wskazanym, nie można zatem przyjąć, że cena z poz. 31 niejako zawiera w sobie również cenę z pozycji 30.

c) pozycja odpowiadająca pozycji nr 37 przedmiaru robót

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, że cena ułożenia płytek wraz z materiałem jest zdaniem Zamawiającego skalkulowana znacznie poniżej wartości rynkowej.

W odpowiedzi na to Odwołujący wskazał, że cena 115,48 zł za jeden m² ułożenia płytek to cena, która nie odbiega od cen ofertowych Wykonawcy – zwłaszcza, że poprzedza ją pozycja przygotowanie podłoża za kwotę 18,29 zł/m² (poz. 36 przedmiaru), co w sumie daje 133,77 zł. Pozycje te odnoszą się do innego zakresu, a mianowicie do przygotowania, a nie położenia.

W tym zakresie Zamawiający wskazuje, że w kalkulacji ujęto koszty położenia gresu specjalistycznego wraz z tym gresem za kwotę 74,33 zł. co jest kwotą niespotykaną, bowiem koszt tylko samego położenia (bez materiału) to wartość zaczynająca się do 70-80 zł. w górę.

d) opłaty za utylizację gruzu

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, że opłaty za utylizację gruzu znacznie odbiegają od wartości rynkowych.

W odpowiedzi na to Odwołujący wskazał, że koszt utylizacji jest trudny do określenia, ponieważ o ile np. papę należy poddać utylizacji (obecnie nie wiadomo ile dokładnie jej będzie), o tyle styropian, folie itp. Wykonawca oddaje firmom do recyklingu. Gruz zostaje zagospodarowany przez Wykonawcę we własnym zakresie ze względu na liczne prowadzone roboty budowlane dla wielu inwestorów. Obniża to zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty ogólne koszty realizacji zamówienia.

Odnosząc się do powyższego, Zamawiający wskazuje, że w niniejszym postępowaniu znaczny zakres prac obejmuje wywóz i utylizację odpadów pobudowlanych. Obowiązek ich utylizacji leży po stronie Wykonawcy. Odpady tego rodzaju składają się zarówno z gruzu, jak i papy, styropianu czy folii. Sposób i koszt utylizacji tego rodzaju odpadów różni się.

Papa, styropian, folia

Jeśli chodzi o papę to przez wzgląd na swoje właściwości papa nie może być składowana z innymi odpadami komunalnymi, a nawet innymi odpadami budowlanymi. Nie można również utylizować papy na własną rękę, ponieważ papa odpadowa jest uznawana za odpad niebezpieczny (kod: 17 03 80). Z uwagi na to cena za wywóz i utylizacja tego typu odpadów jest wyższa niż przy innych, typowych odpadach budowlanych. Mimo tego, Odwołujący w treści wyjaśnień w ogóle nie odniósł się do tego w jaki sposób i za jaką cenę zamierza

przeprowadzić utylizację tego odpadu. Wykonawca zupełnie nie wskazał w jaki sposób założył koszt utylizacji papy, a niezależnie od tego ile tego materiału będzie na pewno będzie stanowiło to pewien koszt, na który Wykonawca powinien przyjąć pewien zapas w cenie ofertowej. Co więcej nie wskazał gdzie zamierza ją oddawać, a nie każde składowisko przyjmuje taki odpad.

Analogicznie w zakresie styropianu czy folii. Wykonawca wskazał, że odda te materiały do recyklingu. Jednak jeśli Wykonawca zamierza oddać styropian czy folię do recyklingu to nadal musi ponieść pewien koszt z tym związany, którego wysokości także nie wykazał w złożonych w wyjaśnieniach. Z informacji jakie na rynku uzyskał Zamawiający wynika, że nie istnieje możliwość przekazania do utylizacji odpadów w postaci styropianu, folii lub innych materiałów izolacyjnych za cenę niższą niż 100 zł za 1 m³, podczas gdy Wykonawca w kosztorysie wskazał cenę za utylizację styropianu, folii, papy lub innych materiałów izolacyjnych po rozbiórce posadzek na poziomie 10 zł za 1 m³.

Również w zakresie gruzu twierdzenia, że Wykonawca nie poniesie takiego kosztu, ponieważ zagospodaruje go we własnym zakresie do innych realizacji jest twierdzeniem nieprawdziwym, bowiem do innych realizacji Wykonawca mógłby wykorzystać co najwyżej gruz betonowy, a takiego w niniejszym postępowaniu nie mamy. Nawet gdybyśmy przyjęli, że mamy do czynienia z gruzem betonowym to do wytworzenia takiego gruzu Wykonawca musiałby mieć specjalne maszyny kruszące, na co nie powołał się w treści złożonych wyjaśnień.

Ponadto, w zakresie niniejszego zamówienia nie mamy do czynienia z gruzem betonowym, ponieważ wyburzane obiekty w dużej części składają się z cegły, która technologicznie nie nadaje się do wykorzystania na innych budowach. Wykonawca w kalkulacji wycenił tylko koszty przewozu gruzu oraz składowania go na wysypisku, a w ogóle nie uwzględnił kosztów utylizacji. W zakres niniejszego zamówienia wchodzi bardzo duża ilość gruzu, więc niemożliwe jest wykorzystanie go w pełni, bez oddania chociaż części do utylizacji.

Zamawiający uzyskał od ZGK Wieliczka wycenę kosztu wywozu odpadów zawierających ponad 50% gruzu, w której to wycenie koszt za 1 m³ to 349 zł brutto. Druga z zaoferowanych opcji to podstawienie kontenera 7 m³ na czysty gruz w cenie 925,93 zł netto, tj. 1000 zł. Wywóz odpadów remontowych, jeśli są niewielkie ilości gruzu (do 50%) to koszt 274,85 zł/m³ netto, tj. 296,84 zł/m³ brutto. Kontener na zmieszane odpady pobudowlane 7 m³ to zaś koszt 1388,89 zł netto (1500,00 zł brutto), a kontener 10 m³ - 1851,85 zł netto (2000 zł brutto).

Zestawiając powyższe ceny rynkowe do cen zaoferowanych przez Wykonawcę (tj. koszt wywozu odpadów jako 45 zł za 1 m³ oraz koszt składowania 1 m³ gruzu na składowisku na poziomie 10 zł) wprost widzimy nierealność wskazanych przez Wykonawcę wyliczeń.

Z kwestią wywozu/utylizacji odpadów, a co za tym idzie kosztem z tym związanym łączy się również zagadnienie wpisu w BDO.

Wniosek o wpis do Rejestru BDO składają podmioty wymienione w art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach. Wykonawca w zakresie rozbiórki jest zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 22 ustawy o odpadach, wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia tych usług. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu za odpady powstające w wyniku rozbiórki odpowiada Wykonawca. Wykonawca powinien albo uzyskać wpis do rejestru BDO w dziale XII. Jak sprawdził Zamawiający - Wykonawca ETNA sp. z o.o. sp. k. nie figuruje w rejestrze BDO. Albo korzystać w zakresie wywozu odpadów z firm posiadających taki wpis, a to wiąże się z ponoszeniem kosztów.

Wykonawca w niniejszym postępowaniu wykazał, że sam będzie transportował odpady, z uwagi na co powinien mieć również w tym zakresie wpis w BDO, a takiego wpisu nie ma.

Ma to znaczenie o tyle, że Wykonawca w kosztorysie wycenił wywóz gruzu samochodami - wyceniając w tej pozycji wyłącznie koszt samochodu i robotników – bez kosztów w postaci zlecenia tego zakresu podwykonawcy, który posiadałby stosowne zezwolenie. Wykonawca nie wskazał również w ofercie, że zamierza realizować zamówienie przy pomocy podwykonawcy.

Pokazuje to, że Wykonawca zupełnie nie przemyślał i nie dokonał kalkulacji tego w jaki sposób zamierza wywozić i utylizować odpady. W kalkulacji nie tylko wskazał wybiórcze koszty na minimalnym poziomie nieodpowiadającym cenom rynkowym, ale i nie uwzględnił części kosztów w ogóle czy też nie przewidział faktu, że część tego zakresu prawdopodobnie będzie musiał zlecić podmiotowi trzeciemu, posiadającemu stosowne uprawnienia.

W konsekwencji Wykonawca stara się wywołać mylne wrażenie, że koszt wywozu i utylizacji odpadów jest marginalny. Nie jest to jednak prawda, bowiem w niniejszej inwestycji mamy do czynienia ze znacznymi pracami rozbiórkowymi i w konsekwencji ze znaczną ilością odpadów do zutylizowania, których jak widzimy Wykonawca praktycznie w ogóle nie uwzględnił w cenie ofertowej.

To wszystko powoduje, że widzimy, że wyjaśnienia Wykonawcy są ogólne i nie odnoszą się do poszczególnych czynników cenotwórczych, przez co Zamawiający nie otrzymał potwierdzenia, że Wykonawca skalkulował cenę w sposób realny. Wręcz przeciwnie – nawet z wniesionego odwołania widzimy, że Wykonawca przedstawia twierdzenia ogólnikowe i wątpliwe oraz niezgodne z realiami rynkowymi.

Wykonawca na etapie składania wyjaśnień nie przedłożył również niemalże żadnych dowodów, podczas gdy w orzecznictwie wskazuje się jednoznacznie, że samo przedłożenie kalkulacji nie jest równoznaczne ze sprostaniem obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wnosząc o oddalenie odwołanie, bowiem Jego zdaniem słusznie odrzucił ofertę Odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - WODPOL Sp. z o.o. z/s w Żywcu, wniósł o oddalenie odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zapewnił konkurencyjność – złożono aż osiem ofert – zatem pomimo tego, iż faktycznie jedna z nich odbiegała od pozostałych, to i tak średnia arytmetyczna była reprezentatywna. Cena oferty Odwołującego była niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 35, 05 %, zaś od oszacowanej z należytą starannością przez Zamawiającego wartości szacunkowej plus VAT aż o 38, 14 % , zatem prawie o 40 %. Ponadto wystąpiły w tym postępowaniu inne okoliczności, które dodatkowo mogły wzbudzić wątpliwości Zamawiającego – otóż Wykonawca AWBAUTEX Sp. z o. o., który złożył ofertę na podobnym, choć nawet wyższym poziomie cenowym niż Odwołujący, wprost oświadczył w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp. iż nieprawidłowo skalkulował cenę. Zatem przyznał tym samym, iż złożył ofertę z rażąco niską ceną.

Tym bardziej wydaje się, iż oczywistą koniecznością w tym stanie faktycznym jest rozwianie wszelkich wątpliwości Zamawiającego w przypadku wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę ETNA sp. z o. o. sp. k. Wezwana do wyjaśnień rażąco niskiej ceny spółka powinna je poważnie potraktować i jeżeli jej oferta faktycznie nie nosi znamion rażąco niskiej ceny, z niezwykłą rzetelnością, konkretnie wyjaśnić i skrupulatnie udowodnić, tym samym rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego. W wyjaśnieniach i przedłożonych wyczerpujących i przekonujących dowodach ETNA sp. z o. o. sp. k. – powinna wykazać, iż w związku z nimi jest w tak uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych Wykonawców, że mogła sobie pozwolić na zaproponowanie tak niskiej ceny.

Z wyjaśnień i uzasadnień, wynika jedynie, że spółka ta posiada jakiś swój sprzęt, co absolutnie nie stawia jej w wyjątkowo korzystnej sytuacji.

Dalej kwalifikacje personelu, doświadczenie nie są tu czymś wyjątkowym i nie sposób przełożyć je na szczególną sytuację Odwołującego.

W Odwołaniu tak to podnosi dodatkowo Odwołujący (str. 7) cyt.: Niewątpliwie oferta Odwołującego w tym przypadku była najkorzystniejsza. Nie było to podyktowane wskazaniem rażąco niskiej ceny, jak wskazuje Zamawiający, lecz skutkiem wieloletniej współpracy Wykonawcy z wieloma innymi podmiotami oraz jego stałymi kontrahentami, czego skutkiem są wyjątkowo korzystne warunki handlowe. Na konkurencyjną cenę wpływa również m.in. dostęp do stałego personelu o odpowiednich kwalifikacjach oraz potencjał kadrowy Odwołującego.

Zamawiający miał obowiązek ocenić ofertę w tym konkretnym postępowaniu – doświadczenie Odwołującego może być nawet niezwykle imponujące w poprzednich realizacjach, jednak nie ma to znaczenia w weryfikacji rażąco niskiej ceny.

Ponadto Wykonawca powinien wszelkie tego typu wyjaśnienia poprzeć dowodami – konkretnymi faktami, wartościami, wszelkie wpływy opisanych kwalifikacji i doświadczenia kadry, sprzętu na możliwość obniżenia ceny (w dodatku tak znacząco) powinny być uzasadnione w sposób zwymiarowany, udowodnione – tj. Odwołujący powinien był wykazać ich konkretny wpływ na obniżenie ceny ofertowej, powinna być udowodniona sytuacja Odwołującego tj. na ile jest uprzywilejowana w stosunku do innych Wykonawców. ETNA sp. z o. o. sp. k. powinna przedstawić także dowody, że pozostali Wykonawcy nie mają swojego sprzętu, że nie mają tak wykwalifikowanej kadry jak Odwołujący i oczywiście nie na etapie wniesienia odwołania ale na etapie składania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ustawy Pzp.

W części udostępnionych wyjaśnień (załącznik nr 2) w sprawie rażąco niskiej ceny Odwołujący zapewnia Zamawiającego o tym, że skalkulował ofertę uwzględniając koszty wynagrodzeń nie niższe niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę przy uwzględnieniu kosztów wynikających z przepisów z zakresu prawa podatkowego prawa pracy, ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.”

Niemniej jednak nie wynika to z żadnych innych dokumentów, że w tym zakresie ETNA sp. z o. o. sp. k. przedłożyła jakiegokolwiek dowody. Część wyjaśnień i dowodów jest zastrzeżona dlatego gdyby to się potwierdziło, co oceni KIO to dodatkowo to podnosimy.

W wyroku KIO 2151/20 – podkreślono podobnie tę kwestię; „ w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak złożenia dowodów przez przystępującego na potwierdzenie realności i rynkowości zaoferowanej ceny był szczególnie istotny, ponieważ zamawiający w wezwaniu z dnia 15 lipca 2020 r. wyraźnie zaznaczył, że za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu należy uznać m.in. koszty pracy.”

Tak samo w tym postępowaniu podkreślił to Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy ETNA sp. z o. o. sp. k. - wymagał wykazania tj. udowodnienia (tj. przedłożenia dowodów) w wezwaniu w trybie art. 224 Pzp., że w przedstawionej kalkulacji Wykonawca ten ujął koszty pracy wynikające z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W postępowaniach także o tej wartości, kwestionowana może być w drodze odwołania każda czynność Zamawiającego. Zatem także może być kwestionowana samodzielnie czynność wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny.

Nawet gdyby Odwołujący miał rację w zakresie zasadności samego wezwania do wyjaśnień, abstrahując od możliwości go wcześniejszego zakwestionowania - to warto zwrócić uwagę na zasadę konsekwencji podniesioną w wyroku 144/22 „W związku z powyższym w

okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia, że nie zachodziła obligatoryjna konieczność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny...”

Naszym zdaniem Zamawiający wezwał w sposób wystarczająco szczegółowy, także słusznym stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu postępowania (uzasadnienie odrzucenia oferty) warto jeszcze przytoczyć Wyrok KIO 125/22 cyt.: „Zamawiający mogą formułować wezwania do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadawać wykonawcom pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę. Jednocześnie jednak zamawiający nie mają obowiązku zawierania w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu p.z.p. obowiązek taki nie wynika”

Odnosnie zarzutów w Odwołaniu (str.6) cyt.: Zdziwienie budzi, że Zamawiający oczekiwał konkretnej wyceny materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia. W takim bowiem przypadku dostawca materiałów musiałby przygotować szczegółowe zestawienie cenowe dla wszystkich pozycji kosztorysowych. Tymczasem skoro dostawca materiałów – Materiałówka B. L. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Liszkach złożył oświadczenie, że wartość udzielonych rabatów to 45-70% to oznacza to, że Wykonawca wykazał co najmniej, iż mamy do czynienia ze szczególnie korzystnymi warunkami dostaw – o czym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 2) p.z.p.

- To podkreślamy, iż takie konkretne dowody Odwołujący oczywiście byłby w stanie przedłożyć, gdyby nimi dysponował i faktycznie cena w jego ofercie byłaby realna. Natomiast same oświadczenia dostawców materiałów, wyłącznie, co do granic procentowych upustów - jak opisał to Zamawiający (treści zastrzeżone) - w zasadzie niczego nie potwierdzają.

Potwierdzamy, iż faktycznie w każdym zakresie uzasadnienie Zamawiającego jest poprawne, gdyż cena całkowita i w tym ceny jednostkowe są naszym zdaniem całkowicie nierealne.

Reasumując wszystkie zarzuty i tym samym żądania podniesione w odwołaniu - dotyczące poprawności dokonanych czynności przez Zamawiającego w tym postępowaniu - są w ocenie Przystępującego całkowicie nieuzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z Pzp. i z należytą starannością a Odwołujący nie sprostął ciężącym na nim obowiązkom w związku z weryfikacją rażąco niskiej ceny zgodnie z przepisami i jak wymagał Zamawiający i jego oferta naszym zdaniem z całkowitą pewnością zawiera rażąco niską cenę.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wymaga podkreślenia, w postępowaniu w zakresie będącym przedmiotem rozpatrzenia, zaistniały łącznie dwie przesłanki ustawowe obligujące zamawiającego do przeprowadzenia czynności wyjaśniających w związku z prawnym domniemaniem zaoferowania rażąco niskiej ceny wynikającym z art. 224 ust. 1 pkt 1 oraz 2 ustawy pzp, z uwagi na relację wysokości ceny badanej do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, a także relację wysokości ceny badanej do wartości zamówienia wynikającej z oszacowania dokonanego przez zamawiającego. Są to okoliczności oczywiste, gdyż nawet przy założeniu, iż jedna z ośmiu złożonych ofert zawiera stosunkowo wysoką cenę, to nadal średnia cen jest wielkością realną i nie ma charakteru sztucznie zawyżonej. W odniesieniu do drugiej przesłanki, niesporna jest różnica między oszacowaniem zamawiającego z uwzględnieniem tzw. ubруттовienia, a ceną zaoferowaną przez odwołującego. W tym miejscu należy zauważyć, że porównywanie ceny oferty z kwotą, jaką zamawiający ogłasza w trakcie sesji otwarcia ofert, wskazując, że taką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ma prawnego umocowania, a w procedurze oceny poprawności skalkulowania ceny oferty, jest okolicznością indyferentną, prawnie bez znaczenia. W takim zatem zakresie argumenty odwołującego wskazującego, że cena oferty jest zbliżona do budżetu zamawiającego, są bezprzedmiotowe.

Nie podlegają także w konsekwencji powyższego stwierdzenia, tezy mogące być rozumiane jako niecelowe wezwanie przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Również argumentacja zamawiającego i przystępującego o braku zakwestionowania przez wykonawcę czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, w tym treści i zakresu wezwania nie wymaga oceny w postępowaniu odwoławczym, jako że nie dotyczy zarzutów, którymi Izba jest związana.

Istotą sporu jest zatem ocena, czy decyzja zamawiającego, który odrzucił ofertę wykonawcy z powodu przedstawienia w ofercie ceny rażąco niskiej, jest błędna i podjęta z naruszeniem przepisów ustawy.

Należy przypomnieć, że dnia 14.02.2023 r. Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał Wykonawcy, że oczekuje przedstawienia kalkulacji kosztów w formie kosztorysu szczegółowego wraz z tabelą elementów scalonych zgodnego ze złożoną ofertą uwzględniając w szczególności opis przedmiotu zamówienia w SWZ, dokumentację, STWIOR, i przedmiar robót. Wykonawca zobowiązany był podać nośniki

cenotwórcze (w szczególności wysokość roboczogodziny, zysk) na podstawie których został sporządzony w/w kosztorys szczegółowy.

Z wyjaśnieniami Wykonawca miał przedstawić dowody dotyczące kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, przy czym przez dowody należy rozumieć np. oferty cenowe materiałów, oferty wypożyczenia sprzętu budowlanego, umowy wstępne z podwykonawcami (jeżeli przewiduje się udział podwykonawców) itp.

17 lutego 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w tym wymagany szczegółowy kosztorys, w którym ujęto wszystkie elementy ceny wraz z tabelą elementów scalonych, wskazano także koszty roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, itp.

Dlaczego zatem zamawiający doszedł do przekonania, że wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską i ofertę odrzucił?

Jak wynika z decyzji o odrzuceniu oferty, treść kosztorysu, jakkolwiek wynikowo prowadziła do wskazania ceny ofertowej, nie była wystarczającym wyjaśnieniem, które nadto powinno być poparte stosownymi dowodami. Zamawiający bowiem oczekiwał złożenia wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych, na podstawie których obliczono cenę ofertową, a także wskazał też, że wymaga złożenia dowodów dotyczących tej kalkulacji. Natomiast wykonawca oprócz niezbędnego kosztorysu złożył dwa ogólne oświadczenia w istocie nie odzwierciedlające ujętych w kosztorysie cen. Na przykład cen materiałów, co do których nie wskazano żadnych konkretów, jako że, za taki nie sposób uznać generalnego oświadczenia potencjalnego dostawcy materiałów Materiałówka B. L. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Liszkach w którym stwierdzono, że wartość udzielonych rabatów to 45-70%

Można zauważyć, iż z wezwania nie wynikało, że Wykonawca powinien wnieść jakiegokolwiek inne dokumenty, ani też, iż powinien przedłożyć jak największą liczbę dokumentów na potwierdzenie realności swojej ceny. Odwołujący przedłożył wszelkie dokumenty, które uznał za stosowne i wystarczające celem udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Z tego też względu nie znajduje uzasadnienia także zarzut i wynikający z niego wniosek ewentualny o doprowadzenie do uzupełnienia wyjaśnień i dowodów w przedmiocie wysokości ceny. To stanowisko potwierdza także stwierdzenie odwołującego, że przedstawił kompletne wyczerpujące wyjaśnienia.

W odniesieniu do czterech pozycji kosztorysowych zakwestionowanych przez zamawiającego, skład orzekający podzielił stanowisko zamawiającego o błędach w ich skalkulowaniu i braku przedstawienia dowodów to stanowisko obalających, także w toku postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym.

Nie kwestionując doświadczenia odwołującego w osobie komplementariusza spółki, należy zauważyć, że stwierdzenie o wieloletnich kontaktach handlowych jest wiarygodne, natomiast brak stosownych dowodów na relacje z kontrahentami skutkujące szczególnie korzystnymi i

wymiernymi warunkami dostaw, nie pozwala na ich pozytywne uwzględnienie w rozpoznawanej sprawie.

Izba wskazuje nadto na przykłady orzecznictwa adekwatne do niniejszej sprawy.

Wyrok KIO 1197/21, KIO 839/20: „Tym samym nie wystarczy przedstawić szczegółowych kalkulacji, które potwierdzają cenę ofertową ale należy wyjaśnić/udowodnić oszczędności wyceny oferty, ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.

Wyrok KIO 2449/19: „Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień”.

Wyrok KIO 1166/21: „Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (...) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami”.

KIO 806/21: „Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.

KIO 190/19: „Zwrócenie się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o dalsze wyjaśnienia jest dopuszczalne, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył należytych starań, aby wyjaśnienia były szczegółowe, możliwe było powzięcie

informacji o rodzaju i poziomie kalkulowanych przez wykonawcę kosztów, co zostało poparte dowodami, jednak przyjęte założenia czy elementy kalkulacji budzą wątpliwości zamawiającego czy wymagają doprecyzowania”.

W świetle dokonanych ustaleń skład orzekający stwierdza, iż nie dopatrył się w rozpatrywanej sprawie, w zakresie podniesionych zarzutów, naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w petitum odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: