

Sygn. akt: KIO 1707/21

## WYROK

z dnia 15 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie 12 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 czerwca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Z.” R. Z. z siedzibą w Łomży oraz W. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych W. Z. z siedzibą w Ostródzie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Olsztynek**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Z.” R. Z. z siedzibą w Łomży oraz W. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych W. Z. z siedzibą w Ostródzie** i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600,00 zł** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa przed Izbą;

- 2.2. Zasądza od odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Z.” R. Z. z siedzibą w Łomży oraz W. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych W. Z. z siedzibą w Ostródzie**, na rzecz zamawiającego **Gminy Olsztynek** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Gmina Olsztynek (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Modernizację drogi w Jemiołowie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja drogi w Jemiołowie, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp”, Numer referencyjny: ZBI.271.1.1.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 marca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00024294/02.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Z.” R. Z. z siedzibą w Łomży oraz W. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych W. Z. z siedzibą w Ostródzie (dalej: „Odwołujący”) 7 czerwca 2021 roku złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 2) naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 3 i w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w sytuacji, gdy wezwanie do złożenia wyjaśnień w ogóle nie precyzowało, z którymi wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, zaproponowana cena budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia lub wydaje się być rażąco niska a tym samym nie dawała Odwołującemu możliwości wskazania właściwych dowodów w zakresie wyliczenia ceny.
- 3) naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady uczciwej konkurencji w zakresie dokonywania oceny wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny a tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 31 maja 2021 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 31 maja 2021r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane TRUST A. P. z siedzibą w Olsztynie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 31 maja 2021 r. został zawiadomiony o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, że wezwał Odwołującego w oparciu o art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, gdyż zaproponowana przez Odwołującego cena w wysokości 949 947,38 zł jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający zaznaczył, że wezwał Odwołującego także do złożenia dowodów, dotyczących zaproponowanej ceny. Swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający uzasadnił również tym, że Odwołujący złożył pismo bez dołączenia do niego jakichkolwiek dowodów. W ocenie Zamawiającego pismo złożone przez Odwołującego było lakoniczne i nie odnosiło się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny. Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący mimo ciążącego na nim obowiązku nie wykazał, iż jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, za zaoferowaną przez siebie cenę. Zamawiający dalej uzasadnił swoje stanowisko tym, że Odwołujący winien rozwiać wątpliwości Zamawiającego określone w wezwaniu oraz, że podana przez niego jedyna stawka 20 zł za godzinę pracy jest co najmniej niewiarygodna. Zamawiający na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyroki KIO - z dnia 22 lutego 2021r. sygn. akt KIO 310/21, z dnia 5 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 82/21 oraz z dnia 16 stycznia 2020r. sygn. akt KIO 2664/19.

Odwołujący nie zgodził się z podjętą przez Zamawiającego czynnością i z jej uzasadnieniem. W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty stanowi

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, gdyż za zaproponowaną cenę Odwołujący jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia oraz wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wezwaniu z 22 kwietnia 2021 r. nie wskazał, które elementy złożonej przez Odwołującego oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia a zwłaszcza nie wskazał, których wymagań określonych w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów dotyczy skalkulowana przez Odwołującego cena. Zamawiający w wezwaniu po prostu przepisał treść przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp w innym układzie kolejności niż ten określony tym przepisem. Odwołujący wskazał, że wezwanie właściwie dotyczyło wyłącznie dwóch elementów tj. - zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Pozostałe elementy wskazane w wezwaniu nie były wymagane, gdyż wezwanie wyraźnie wskazywało, że Wykonawca może odnieść się w wyjaśnieniach do tych elementów, ale nie jest do tego zobowiązany.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wezwanie w zakresie załączenia do wyjaśnienia dowodów, dotyczyło obowiązkowo wyłącznie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Niezrozumiałe jest zatem dla Odwołującego, uzasadnianie przez Zamawiającego odrzucenia oferty, nie załączeniem do wyjaśnienia dowodów dotyczących elementów wezwania, które nie były obowiązkowe, a które miałyby stanowić potwierdzenie kalkulacji zaproponowanej ceny. Odwołujący podkreślił, że z wezwania z dnia 22 kwietnia 2021 r. wyraźnie wynikało, że dowody mają dotyczyć tylko i wyłącznie zgodności zaproponowanej ceny z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Żadne inne dowody nie były przez Zamawiającego wymagane ani w zapisach SWZ ani w wezwaniu z dnia 22.04.2021r. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że ewentualne dokonywanie modyfikacji SWZ po upływie terminu składania ofert lub ewentualne modyfikowanie treści wezwania do złożenia wyjaśnień po upływie terminu na ich złożenie stanowi naruszenie zarówno art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 3 i w zw. z art. 266 jak i art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymienił w wezwaniu do wyjaśnienia skalkulowanej ceny, żadnych odrębnych przepisów właściwych dla spraw, z którymi związane jest zamówienie, co oznacza, że nie może obecnie twierdzić, że wyjaśnienia Odwołującego były lakoniczne i w sposób ogólny odnosiły się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny. Skoro wezwanie do wyjaśnienia było ogólne i nie wymieniało odrębnych przepisów właściwych dla spraw, z którymi związane jest zamówienie to i odpowiedź na to wezwanie musiała być ogólna bez sprecyzowania elementów kalkulacji ceny. W ocenie Odwołującego nie można przyjąć, że każde wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bez względu na treść tego wezwania, daje podstawę Zamawiającemu do odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego treść wyjaśnień musi odpowiadać treści wezwania i spełniać wymagania określone w tym wezwaniu i dopiero nie spełnienie wymagań określonych w wezwaniu daje podstawę do odrzucenia oferty. Odwołujący wobec tego nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego popartym cytowanymi wyrokami KIO, że brak załączenia przez wykonawcę dowodów uzasadniających cenę stanowi podstawę do odrzucenia oferty w sytuacji kiedy nie jest sprecyzowana treść wezwania.

Odwołujący wskazał ponadto, że przepisy art. 224 ust. 3, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp nie określają i nie ustalają, że istnieje domniemanie rażąco niskiej ceny, jeżeli cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej ceny ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze musi być dokonywana w odniesieniu do treści wezwania oraz w odniesieniu do treści SWZ. Skoro Zamawiający w przedmiotowym przetargu nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (zgodnie z pkt. 18.5 ppkt, 8 SWZ kosztorys szczegółowy powinien być dostarczony przed podpisaniem umowy a więc przez wybranego wykonawcę) a w wyjaśnieniach złożonych na jego wezwanie zostały podane, zastosowane przez Odwołującego, stawka roboczogodziny, wysokość marży oraz wysokość zysku to należy

zadać pytanie w oparciu o jakie elementy Zamawiający zweryfikował skalkulowaną przez Odwołującego cenę oferty, że doprowadziło to do ustalenia, że cena ta jest rażąco niska i nie gwarantuje Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania. Skoro Zamawiający nie wskazał w oparciu, o jakie wymagania oraz w oparciu, o jakie dokumenty weryfikuje cenę zaproponowaną przez Odwołującego, w ocenie Odwołującego, zarzut rażąco niskiej ceny jest bezpodstawny i stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 266 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że zaproponowana przez niego cena, nie odbiega w zakresie wysokości, od cen zaproponowanych przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, gdyż na siedem złożonych ofert ceny pięciu ofert mieszczą się w granicach 15% a tylko dwie oferty w sposób zdecydowany odbiegają od średniej wysokości cen pozostałych ofert. W ocenie Odwołującego świadczy to tym, że jego kalkulacja była prawidłowa i poprawna i w porównaniu do innych wykonawców, gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest uzasadnione, gdyż cena zaproponowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

Następnie Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, że zaproponowana przez niego cena i termin gwarancji i rękojmi, gdyby nie odrzucenie oferty, doprowadziłby do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Pismem z 9 lipca 2021 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości jako bezzasadnego.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone podczas rozprawy przez Odwołującego.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne, jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Pismem z 22 kwietnia 2021 r., Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Treść wezwania była następująca:

„W trakcie czynności badania i oceny oferty złożonej przez Wykonawcę w ww. postępowaniu Zamawiający stwierdził, iż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp”, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywamy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny (949.947,38 zł) w ofercie złożonej w dniu 19 kwietnia 2021 r.

Prosimy o złożenie wyjaśnień oraz dowodów, w szczególności odnoszących się do:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Poza wyżej wymienionymi Wykonawca może odnieść się w wyjaśnieniach do kwestii związanych z:

1) metodami budowy;

2) wybranymi rozwiązaniami technicznymi, wyjątkowo korzystnymi warunkami dostaw, usług albo związanymi z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

5) zgodnością z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

7) zgodnością z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełnieniem obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Pismem z 28 kwietnia 2021 r. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśnił co następuje. W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że sporządził ofertę w oparciu o projekt budowlany, specyfikację techniczną, wizję w terenie i przedmiary robót. Ponadto Odwołujący wyjaśnił jakie wskaźniki i ceny przyjął do kalkulacji powołując się na cenę roboczogodziny 20 zł brutto, koszty pośrednie i zysk (wysokość wskazana została w treści pisma). Odwołujący powołał się też na inne czynniki, które miały wpływ na cenę i je wymienił. Odwołujący dodał również, że ofertę przygotował „w oparciu o posiadany potencjał osobowy i techniczny, czyli posiadane kadry od monterów do inżynierów z uprawnieniami bez ograniczeń w wymaganych specjalnościach, jak również potencjał materialny w postaci koparek, koparko ładowarek, spycharki, układarek mas bitumicznych, walce, wytwórni mas bitumicznych, samochodów ciężarowych, oraz wiele innych urządzeń. Ponadto posiadamy własne środki finansowe pozwalające prowadzić kilka robót budowlanych bez posiłkowania się fakturami przejściowymi. Cała nasza baza sprzętowa jest w bardzo dobrym stanie technicznym. Dodatkowo znaczny wpływ na wycenę miała w tym przypadku bliska lokalizacja planowanej inwestycji w stosunku do oddziału naszego Przedsiębiorstwa tj. bazy materiałowej, sprzętowej oraz zaplecza logistyczno-organizacyjnego firmy zlokalizowanego w m. Górka k. Ostródy.

Ponadto informuję, iż przez wiele lat współpracy – solidnej współpracy z dostawcami materiałów mamy wypracowane upusty niejednokrotnie wyższe niż 50 % od ceny katalogowej. Nasza firma pracuje na rynku kilkadziesiąt lat i osiąga zyski, co obrazują dokumenty księgowe.”

Do wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody, treść wyjaśnień nie została również wzbogacona o żadną kalkulację.

Pismem z 31 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. Powody podane przez Zamawiającego w ww. uzasadnieniu były następujące. Po pierwsze, Zamawiający wskazał, że treść pisma z 28 kwietnia 2021 r., złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie, jest lakoniczna i w sposób ogólny odnosi się do wątpliwości Zamawiającego,

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ciężarowi dowodu. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący powinien był rozwiać jego wątpliwości, przede wszystkim w zakresie wynikającym z wezwania, a złożone wyjaśnienia powinny być konkretne, szczegółowe i wyczerpujące. Następnie Zamawiający podkreślił, że do wyjaśnień tych nie zostały załączone żadne dowody, na okoliczności wskazane w wyjaśnieniach. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący powołał się na takie okoliczności jak posiadanie określonego sprzętu, brygady i specjalistów jednak nie wskazał, w jaki sposób umożliwiło mu to zaoferowanie wskazanej w ofercie ceny. Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący przyjął do wyceny jedną stawkę tj. 20 zł brutto za roboczogodzinę, co jest w ocenie Zamawiającego niewiarygodne, w szczególności w zakresie odnoszącym się do wysoko wykwalifikowanych kadr.

### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

art. 224 ust. 1, 3 i 6 ustawy Pzp

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- 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.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

art. 16 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Mając na uwadze treść odwołania oraz ustalony w sprawie stan faktyczny Izba doszła do przekonania, że nie ma podstaw do negatywnej oceny działań Zamawiającego podjętych w tym postępowaniu wobec oferty Odwołującego.

Analiza treści wezwania skierowanego do Odwołującego pismem z 22 kwietnia 2021 r., nie pozostawia wątpliwości co do tego, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Izba dostrzega specyficzną konstrukcję pisma, dzielącą się na część obligatoryjną, odnoszącą się do udzielenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp oraz na część fakultatywną dotyczącą kwestii związanych z okolicznościami wskazanymi w pkt 1-8 pisma. Niemniej jednak, w ocenie składu orzekającego nie może być wątpliwości co do tego, że obowiązkiem Odwołującego było załączenie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów.

Natomiast przechodząc do oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Izba wskazuje, że z uwagi na ich lakoniczność i brak załączenia dowodów na okoliczności powoływane w ich treści, nie sposób ocenić je pozytywnie. Wyjaśnienia liczą niecałe dwie strony, a kwestia udzielenia wyjaśnienia ceny w zakresie wskazanym przez Zamawiającego

a dotyczącym art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, została przez Odwołującego w zasadzie pominięta. Odwołujący bowiem odniósł się do powyższego jednym stwierdzeniem, z którego wynika, że stosuje cenę za roboczogodzinę w wysokości 20 zł brutto. Nie sposób następnie się dowiedzieć chociażby jakie elementy składają się na wskazaną stawkę za roboczogodzinę. Innymi słowy, Odwołujący nie przedstawił chociażby kalkulacji samej tej stawki. Następnie odnotować należy, że mimo iż wezwanie dotyczyło ponadto wykazania zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, kwestie te Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zupełnie pominął. W tym miejscu wskazać należy, że przedstawienie dowodów dopiero na rozprawie uznać należy za spóźnione, bowiem Odwołujący miał wyjaśnić kwestię rażąco niskiej ceny w stosownym czasie przed Zamawiającym, natomiast w postępowaniu odwoławczym Izba bada jedynie zasadność czynności Zamawiającego podjętej względem oferty Odwołującego w oparciu o informacje, którymi Zamawiający dysponował w dniu podjęcia decyzji. Wobec powyższego złożenie tych dowodów nie mogło przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

Izba również wskazuje, że celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które Odwołujący się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Izby podkreśla się bowiem, że ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiający musi otrzymać materiał, z którego uzyska konkretną wiedzę na temat ceny oferty i jej elementów wkładowych. Nie wystarczy przy tym wskazać lakonicznie, jak uczynił to Odwołujący, że wykonawca posiada duże upusty. W ocenie Izby aby argumentacja ta była wiarygodna, Odwołujący powinien był chociaż w przybliżeniu wskazać o jaką kwotę taka okoliczność pozwoliła obniżyć cenę oferty. Podobnie jak powołanie się na bliskość bazy sprzętowej, w tym zakresie Odwołujący również zaniechał wskazania jak przekłada się to na cenę oferty, w tym np. o jaką wartość pozwoliło ją obniżyć. To na wykonawcy, zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, natomiast Odwołujący w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia temu obowiązkowi nie sprostał. Jak stanowi art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w

wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wobec treści złożonych pismem z 28 kwietnia 2021 r. wyjaśnień nie sposób w ocenie Izby wywieźć, aby uzasadniały one podaną w ofercie cenę.

Mając na uwadze powyższe, 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. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku z §2 ust 1 pkt 2) oraz §5 pkt 1) i pkt 2) lit b) 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: .....