

Sygn. akt: KIO 1311/21

WYROK

z dnia 10 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. **przez wykonawcę Włocławskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Włocławek z siedzibą we Włocławku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Firma Inżynieryjno – Drogowa DROGTOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku oraz B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 1311/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zawyżenia wartości szacunkowej względem cen ofert oraz uznania, że wartość ta może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Włocławskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszynie**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1311/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Włocławek prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa ulicy Szewskiej wraz z budową jej przedłużenia od ulicy Kaletnicznej do Alei Jana Pawła II oraz z budową ronda w ciągu Alei Jana Pawła II.” Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) (dalej jako „ustawa Pzp” lub „ustawa”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 lutego 2021 r. nr 2021/BZP 00009789/01

W dniu 4 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Włocławskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszynie (zwany dalej Odwołującym) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, poprzez bezpodstawne przyjęcie że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert, że wartość ta może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert, a tym samym, że może stanowić podstawę do zastosowania procedury badania rażąco niskiej ceny wskazanej w art. 224 Pzp,
- b) art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert, że wartość ta może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert i zastosowanie odniesienia do tej wartości przy badaniu oferty Wykonawcy, i wskazaniu tym samym, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska, przy zaniechaniu badania pod kątem rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy w odniesieniu do wartości pozostałych ofert,
- c) art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej i powierzchownej ich

ocenie, oraz poprzez nieuzasadnione odrzucanie wyjaśnień Wykonawcy jako rzekomo gołosłownych,

oraz poprzez zarzucanie Wykonawcy iż nie złożył wyjaśnień w określonym kształcie i zakresie, mimo braku sprecyzowanego wezwania w tej kwestii, co doprowadziło do odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że wykonawca ten dopełnił procedury wyjaśnienia i obalił domniemanie, że cena z jego oferty jest rażąco niska.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej ewentualnie
4. przeprowadzenie badania oferty Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem cen pozostałych ofert i w odniesieniu do wartości pozostałych ofert;
5. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty z tytułu wpisu od odwołania oraz pozostałymi poniesionymi przez postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na posiedzeniu.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ w razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, Wykonawca będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia gdyż oferta odwołującego jest według dokumentu wytworzonego przez Zamawiającego - „informacja z otwarcia ofert” - pismo znak BZP.271.3.2021 oferta najkorzystniejszą według kryterium oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego

- 1) cena - waga 60 %
 - 2) okres udzielonej gwarancji i rękojmi — 20 %
 - 3) termin wykonania zamówienia 20 % wskazanych w części XIX swz,
- gdyż wykonawca złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę, zatem w razie potwierdzenia zarzutów wskazujących na nieprawidłowe odrzucenie oferty Wykonawcy, Wykonawca mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

I.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt a) i b) Odwołujący wskazał, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty i wykluczeniu go z postępowania pismem z dnia 27 kwietnia 2021 r. nadanym do Wykonawcy drogą emailową w tym samym dniu, oraz zamieszczonym na portalu internetowym w tym samym dniu, w dokumencie o nazwie „informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej”. W tym samym dniu Wykonawca pismo otrzymał i zapoznał się z jego treścią.

W treści szerokiego uzasadnienia przyczyny odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wskazał *„Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia), w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu). Podczas czynności badania ofert Zamawiający stwierdził, że zaoferowana przez Wykonawcę - Włocławskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., ul. Jana Pawła II nr 7, Nowa Wieś, 87-853 Kruszyn - całkowita cena oferty brutto, opiewająca na kwotę 5.797.166,79 złotych brutto, stanowi około 68,21% ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. 8.499.397,62 złotych, i jest od niej niższa o około 31,79%. Wobec powyższego Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 stawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą PZP), w związku z aft. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, podjął czynności mające na celu ustalenie, czy zaoferowana przez Wykonawcę całkowita cena oferty brutto nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.”*

Zwrócić należy uwagę, co będzie miało szczególne znaczenie dla argumentacji podniesionej poniżej, iż Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie odniósł się do cen pozostałych ofert, ich wysokości, stosunku ceny oferty Wykonawcy do pozostałych ofert ani stosunku cen ofert wszystkich Wykonawców do wskazanej przez siebie wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty z następującymi cenami :

1. Konsorcjum firm Firma Inżynierijno - Drogowa DROGTOM sp. z o.o.; 87-800 Włocławek; ul. Krzywa Góra 8/10 - lider konsorcjum,, B. sp. z o.o.; 87-800 Włocławek; ul. Wapienna 4/6 - członek konsorcjum — cena oferty 6.465.972,38 złotych

2. STRABAG sp. z o.o.; 05-800 Pruszków; ul. Parzniewska 10 - cena oferty 7.305.918,60 złotych
3. MCC S.A.; 87-860 Chodecz; ul. Kaliska 11 - cena oferty 6.835.838,11 złotych,
4. Odwołujący się - Włocławskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o.; Nowa Wieś; ul. Jana Pawia II nr 7, 87-853 Kruszyn — cena oferty 5.797.166,79 złotych

Średnia cen ofert to 6.601.223,50 zł, a cena wykonawcy stanowi 81 % średniej.

Dowód : Informacja z otwarcia ofert z dnia 11.03.2021 r.

Cena wskazana w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową, co wynika wprost z treści części XVIII punkt 10 SWZ *„Całkowita cena oferty brutto będzie ceną ryczałtową i nie będzie podlegała waloryzacji przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

Na pierwszy rzut oka argumentacja Zamawiającego wydaje się być zasadna, albowiem w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Na powyższe wskazuje art. 224 ust. 5 Pzp. (patrz choćby wyrok KIO 600/21) :

„Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 PrZamPubl, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 PrZamPubl, wskazujący

na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie”.

To rozumowanie jest prawidłowe jedynie pozornie, i nie uwzględnia okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy.

Zwrócić trzeba uwagę, iż mimo szacowania wartości zamówienia na poziomie 8.499.397,62 złotych, Zamawiający przyjął iż przeznaczyć zamierza na wykonanie zamówienia kwotę 6.000.000,00 zł. Już ta rozbieżność daje do myślenia, ale przyznać należy, że istnieje także wyrażony w opiniach UZP pogląd, iż ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1132/15).

Kwestie rażąco niskiej ceny należy jednakże rozpatrzyć nie tylko w kontekście stosunku ceny oferty wykonawcy do szacowania wartości zamówienia, tak to czyni Zamawiający, ale także w kontekście stosunku ceny oferty wykonawcy do cen innych wykonawców, a to Zamawiający kompletnie pominął.

Należy w tym miejscu odwołać się do pojęcia ceny rażąco niskiej. Podstawowym odniesieniem w przypadku rażąco niskiej ceny jest wartość przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający w każdym przypadku, gdy wartość oferty jest niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, jest zobowiązany automatycznie do żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje tylko w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty (por. wyr. KIO z: 4.5.2010 r., KIO/UZP 664/10, niepubl.; 10.6.2009 r., KIO/UZP 684/09, Legalis). Decyzja zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień nie podlega przy tym, co do zasady, kryteriom arytmetycznym, zamawiający może zażądać wyjaśnień na podstawie wątpliwości wynikających z danych okoliczności sprawy (por. wyr. KIO z 21.7.2009 r., KIO/UZP 866/09, Legalis; 21.7.2009 r., KIO/UZP 879/09, niepubl.). Innym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień (por. wyr. SO w Warszawie z 8.6.2006 r., V Ca 459/06, niepubl.). Zob. wyr. KIO z 1.7.2013 r., KIO 1428/13, Legalis: "Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28.4.2011 r. (KIO 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. (...) Jakkolwiek należy zgodzić się z odwołującym, że różnice te nie są pomijalne, to jednakże doświadczenie życiowe wskazuje, że różnice występujące pomiędzy cenami poszczególnych ofert i ich relacja do budżetu zamówienia nie jest niczym nadzwyczajnym a wręcz przeciwnie, jest zjawiskiem często spotykanym i znajdującym uzasadnienie, biorąc pod uwagę sytuację rynkową". Za ofertę z rażąco niską ceną można zatem uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu

do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych Cwyr. SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.; wyr. SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV ca 28/06, niepubl.; wyr. KIO z 14.2.2008 r., KIO/UZP 73/08, Legalis; wyr. ZA z: 29.10.2007 r., UZP/ZO/O-1273/07, Legalis; 25.10.2007 r., UZP/ZO/O-1251/07, Legalis; wyr. KIO z 27.9.2013 r., KIO 2181/13, Legalis; wyr. KIO z 20.5.2013 r., KIO 1018/13, Legalis; wyr. KIO z 4.6.2013 r., KIO 1187/13,

Legalis: "Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających". W wyr. z 22.4.2013 r., KIO 810/13, Legalis wskazano, iż podstawowym wyznacznikiem rażąco niskiej ceny jest jej "nierealność" Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać zatem ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Wg definicji słownikowej "*rażący*" — *to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy*". Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej, cena rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który

ją zaoferował". Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet znacząco odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert — jeżeli potrafi ją uzasadnić". "Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej". Te dwa pojęcia nie są tożsame" (wyr. SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.).

W powyższym kontekście definicji rażąco niskiej ceny wskazać i szczególnie uwagę zwrócić na następujące okoliczności :

- w przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa zamówienia wynosi, jak twierdzi Zamawiający,

8.499.397,62 złotych.

- Wszystkie złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty są znacząco niższe od tejże wartości (dla przypomnienia - 5.797.166,79 złotych, 6.465.972,38 złotych, 6.835.838,11 złotych 7.305.918,60 złotych i średnia cena tych ofert wynosi 6.601.223,50 zł.

- Wartość szacunkowa zamówienia wynosi w tej sprawie 116 % ceny najwyższej oferty. i ponad 128 % średniej ceny złożonych ofert.

Jak wskazuje W. Pieróg w artykule „Błędny szacunek zamawiającego” Przetargi Publiczne maj 2016: *„Uznaje się że ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Z tego względu miernik porównania cen jest rzadziej kwestionowany w praktyce. Miernik wartości szacunkowej zamówienia natomiast, jako uzależniony ściśle od działań samego zamawiającego, (w którego kompetencji leży ustalenie tej wartości) może nie odzwierciedlać w tym samym stopniu tendencji rynkowych. Pomimo wytycznych zawartych w pzp w zakresie szacowania wartości zamówienia zamawiający często bowiem szacują zamówienia np. odnosząc się do umów o analogicznym przedmiocie, które realizowane były dotychczas. Siłą rzeczy oszacowanie wartości zamówienia w taki sposób przeważnie nie nawiązuje do bieżącej sytuacji rynkowej, która determinuje realność zaoferowanej ceny. Jak wskazuje Wyrok KIO z 4 maja 2015 r. (KIO 802/15) n(...) w przypadku gdy nie zachodzą wątpliwości, iż wartość zamówienia nie została oszacowana z należytą starannością, a ustalone okoliczności przesądzają o jej zupełnie nieadekwatności w stosunku do rzeczywistej wartości zamówienia, przyjęć można że kwota szacowana niegdyś przez Zamawiającego nie będzie wywierała określonych skutków prawnych. Z takich względów i w takim przypadku, zamawiający może nie kierować się porównaniem cen ofertowych złożonych w postępowaniu ze swoimi niegdyśszymi szacunkami, ale powinien odnieść je do realnej wartości zamówienia. W cytowanym orzeczeniu zaakcentowano więc wzruszalność (możliwość obalenia) miernika wartości szacunkowej zamówienia i brak bezwzględного obowiązku wdrażania procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny zawsze w przypadku formalnego wystąpienia tej przesłanki. Orzeczenie to, oparte na wykładni celowościowej przepisów pzp, nakazującej konieczność każdorazowej analizy konkretnego przypadku, zasługuje na odnotowanie i aprobatę. Jest też poniekąd pokłosiem wyrażonych jeszcze przed nowelizacją z 2014 r. stanowisk przyznających prymat porównywaniu cen ofert złożonych w postępowaniu. Takie stanowisko wyraził np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 8 czerwca 2006 r. (V Ca 459/06), wskazując,*

że w przypadku uznania, iż kryterium odniesienia się do ustalonej wartości przedmiotu

zamówienia nie jest obiektywne, należy porównać ceny złożonych ofert. Tylko taka interpretacja wytycznych ustawowych, mimo że stojąca w sprzeczności z ich obecnym literalnym brzmieniem, pozwala na zachowanie racjonalności procedury weryfikacji realności zaoferowanych cen. Nieracjonalne byłoby bowiem stosowanie omawianych wytycznych w sposób automatyczny i formalne mnożenie zbędnych z perspektywy procedury czynności w postępowaniu. Skoro bowiem zamawiający ma świadomość realności zaoferowanej ceny, a tym samym błędów, jakie uprzednio popełnił przy szacowaniu, korzystanie z dyspozycji art. 90 ust. 1 pzp wydaje się niecelowe w tym znaczeniu, że zamawiający zmuszony byłby do „ustalania” faktów, które byłyby mu już znane. Wdrożenie procedury wyjaśniającej w takim przypadku cechowałoby się przy tym iluzorycznością z tego względu, że ani brak złożenia wyjaśnień, ani złożenie wyjaśnień nieprecyzyjnych nie mogłoby de facto doprowadzić

do eliminacji danej oferty z postępowania. Wynika to z opisanej na wstępie konieczności odwołania się w podstawie prawnej odrzucenia oferty do art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. Oznacza to, że możliwe jest odrzucenie oferty tylko wtedy, gdy zawiera ona rażąco niską cenę. Jeśli natomiast zamawiający ma świadomość, że takie domniemanie zaistniało tylko formalnie, ze względu na jego błędny szacunek, to nawet niezastosowanie się do wezwania przez wykonawcę nie zmienia faktu, że w rzeczywistości dana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie aktualizują się podstawy do jej odrzucenia. Wykonawca przy zaktualizowaniu się stanu faktycznego, w którym podstawą domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie jest jej odniesienie do błędnie ustalonego szacunku zamawiającego, zawsze może podnieść tę okoliczność w składanych przez siebie wyjaśnieniach. Możliwość powoływania się przez wykonawcę na okoliczność błędnego oszacowania zamówienia potwierdziła w jednym

ze swoich orzeczeń również Izba. Wyrok KIO z 24 czerwca 2015 r. (KIO 858/15) „(...) nie jest wykluczone powoływanie się przez wykonawcę na fakt przeszacowania przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, w oparciu o pozostałe złożone przez wykonawców oferty, ale taka argumentacja powinna znaleźć się w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu”.

W tym miejscu należy przywołać szczególnie istotny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wyrok KIO 2757/20 z dnia 27-11-2020, a więc bardzo niedawny :

1. Uznanie ceny oferty za cenę rażąco niską nie może opierać się jedynie na porównaniu o charakterze arytmetycznym. Należy zbadać możliwość wykonania zamówienia zgodnie

z wymaganiami zamawiającego za cenę podaną w ofercie. Cena rażąco niska to bowiem taka cena, za którą nie sposób należycie zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Złożenie wyjaśnień błędnych potwierdzających niepoprawność obliczenia

ceny oferty zrównane jest z brakiem udzielenia wyjaśnień. Skutkiem w obu przypadkach jest odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

2. Zbyt mała szczegółowość wyjaśnień nie może przemawiać za poprawnością odrzucenia oferty odwołującego, lecz jedynie za żądaniem dodatkowych wyjaśnień.”

Przesądza też w sposób jednoznaczny i dobitny o zasadności argumentacji odwołującego się Wyrok KIO z 27.08.2020r. - KIO 1453/20 :

„Jeżeli wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert, to wartość szacunkowa, odbiegająca od cen rynkowych ofert, nie może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert.” W treści uzasadnienia tego wyroku wskazano wyraźnie, iż „Porównując wartość szacunkową zamówienia z cenami ofert, zauważyć trzeba, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona na kwotę ponad 121 mln zł została zawyżona względem cen ofert, które były na poziomie od ponad 81mln do ponad 88 mln, a najdroższa z ceną ponad 94 mln zł. Z tych względów wartość szacunkowa, odbiegająca od cen rynkowych ofert, nie mogła być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert. Podkreślenia wymaga, że wszystkie złożone w tym postępowaniu oferty były zbliżone pod względem ceny, a cena oferty P.T.B. jest jedynie 0 4,5 % niższa od ceny oferty Odwołującego. Już samo stwierdzenie tego faktu nie pozwala uznać, że cena oferty P.T.B. jest ceną odbiegającą od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego.”

W przedmiotowej sprawie sytuacja jest analogiczna, i Wykonawca zwracał uwagę Zamawiającemu na te okoliczność — patrz pismo Wykonawcy z dnia 19.03.2021r. „ *Wartość przedstawionej przez nas oferty jest 0 3,4% niższa od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia oraz o 12,2% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Biorąc pod uwagę, że kolejne oferty były niższe o 2,0% oraz wyższe o 3,6% i 10,7% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, uznać należy, że oferta złożona przez WPRD odzwierciedla aktualny poziom cen rynkowych, a w konsekwencji nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości. Z tego właśnie względu najbardziej optymalną i jedynie prawidłową oceną czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę jest ocena wydana przy uwzględnieniu średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w stosunku do której podkreślamy nasza oferta jest o 12,2% niższa.”*

Dowód : pismo Wykonawcy z dnia 19.03.2021 r.

Skoro w przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa zamówienia wynosi, jak twierdzi Zamawiający 8.499.397,62 złotych, to wszystkie złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty są znacząco niższe od tejże wartości (dla przypomnienia - 5.797.166,79 złotych, 6.465.972,38 złotych, 6.835.838,11 złotych 7.305.918,60 złotych) i średnia cena tych ofert

wynosi 6.601.223,50 zł. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi w tej sprawie 116 % ceny najwyższej oferty, i ponad 128 % średniej ceny złożonych ofert.

Wobec tych faktów, oczywistym jest, iż wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert, zatem wartość szacunkowa, jako odbiegająca od cen rynkowych ofert, nie może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert, a tym samym, nie może stanowić podstawy do zastosowania procedury badania rażąco niskiej ceny z art 224 ustawy, a nawet przy jej zastosowaniu nie wskazuje

w żaden sposób na jej występowanie.

Tym samym, Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż oferta Wykonawcy zawierała rażąco niską cenę, a co za tym idzie, brak było podstaw do dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ustęp 1 pkt 8 ustawy.

II.

Odnosnie zarzutów wskazanych w literze c) czyli zarzutów naruszenia przez Zamawiającego - art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej i powierzchownej ich ocenie, oraz poprzez nieuzasadnione odrzucanie wyjaśnień Wykonawcy jako rzekomo gołosłownych, oraz poprzez zarzucanie Wykonawcy iż nie złożył wyjaśnień w określonym kształcie i zakresie, mimo braku sprecyzowanego wezwania w tej kwestii, co doprowadziło do odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że wykonawca ten dopełnił procedury wyjaśnienia i obalił domniemanie, że cena z jego oferty jest rażąco niska, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 12 marca 2021 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty brutto, dotyczących

w szczególności:

1. metody budowy;
2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3. oryginalności 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 roku 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;

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."

Zwrócić należy szczególną uwagę, iż na wszystkie podnoszone przez Zamawiającego kwestie Wykonawca udzielił szczegółowych wyjaśnień oraz przedstawił dowody na ich poparcie, i załączył dowody w postaci:

kalkulacji mieszanek mineralno-asfaltowych na dzień składania ofert;

AC 11S 50/70, AC 16W 50/70, AC 22P 50/70

Oferty cenowych dla Wykonawcy oraz szczegółowe kosztorysy ofertowe:

- oferta „MAR-POL”, oferta „DZWIGAR”,
- oferta „BUD-INSTAL” — kosztorys szczegółowy
- oferta „EL-MAR” — kosztorys szczegółowy.

Kopie ostatnio otrzymanych faktur za materiały:

PBDiM z dnia 15.12.2020, „Bazalt” z dnia 19.05.2020, OLAN Południe z dnia 24.11.2020, P.H.U MARES z dnia 15.03.2021, LAFARGE z dnia 01.12.2020, „Bazalt” z dnia 24.06.2020, BUDIZOL z dnia 24.11.2020, HTI z dnia 27.01.2021, 5.12.2020, 18.12.2020, KAMAL z dnia 02.11.2020, 28.10.2020, 02.11.2020, IBF z dnia 26.01.2021, KWANT z dnia 01.07.2020.

Dowód : pismo Wykonawcy z dnia 19.03.2021r. wraz z załącznikami

Odwołujący zwrócił uwagę na to, iż żądanie wyjaśnień przez Zamawiającego miało charakter ogólnikowy i de facto stanowiło przepisanie przepisów ustawy. Jak wskazuje zaś KIO w wyroku z dnia 25-01-2021 KIO 3444/20 *„W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu elementów składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem*

z ustaleniem, co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.”

Wykonawca wskazał i wykazał także istnienie szczególnie korzystnych okoliczności uzasadniające zaistnienie wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych jak:

- posiadanie ok. 80% zmagazynowanych zapasów materiałów tj. kruszyw niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie uniezależnienie się w tym zakresie od wahań cen w toku wykonywania zamówienia, co udowodnił wykazaniem stanem magazynowym, współpracę z bezpośrednimi producentami materiałów kamiennych, brukarskich, itp. W konsekwencji materiały te jest w stanie zakupić nawet o 40% taniej w stosunku do cen oficjalnie publikowanych, stosowanych do wyliczenia kosztorysów inwestorskich, co udowodnił kopiami faktur i ofertami,
- posiadanie własnej wytwórni masy bitumicznej, w związku z czym cena betonów asfaltowych do układania nawierzchni bitumicznych jest zdecydowanie niższa niż w przypadku konieczności zakupu mieszanek mineralno-asfaltowych z wytwórni obcych i załączył kalkulacje cen mieszanek mineralno-asfaltowych.

Odwołujący wskazał i wykazał także na szczególne okoliczności uzasadniające zaistnienie wyjątkowo korzystnych w związku z otrzymaniem pomocy publicznej - subwencji z Polskiego Funduszu Rozwoju na finansowanie kosztów bieżącej działalności firmy.

Wykonawca wykazał także istnienie szczególnie korzystnych okoliczności uzasadniające zaistnienie wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych jak lokalizacja planowanej inwestycji 3,5 km od siedziby WPRD co redukuje koszty transportu i materiałów, sprzętu, pracowników na budowę, koszty tworzenia zaplecza budowy, garażowania sprzętu i przechowywania materiałów w pobliżu placu budowy

Dowód : pismo Wykonawcy z dnia 19.03.2021 r. wraz z załącznikami

W sposób nieuprawniony następnie Zamawiający zarzucił Wykonawcy, iż „*nie przedstawił Zamawiającemu, np. zestawienia porównawczego po jakich cenach zakupił materiały budowlane, a jakie ceny otrzymałby w chwili obecnej. (...) nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji czy wyliczeń przedstawiających o ile niższe ceny Wykonawca osiągnie posiadając własną wytwórnię masy bitumicznej.*”- mimo że Wykonawca kalkulacje przedstawił.

Zamawiający także zarzucił że „*nie przedstawił Zamawiającemu, np. zestawienia porównawczego po jakich cenach zakupił materiały budowlane, a jakie ceny otrzymałby w chwili obecnej*” - mimo że takiego zestawienia w ogóle nie wymagał.

Dalszym pismem z dnia 30 marca 2021 roku, Zamawiający wystosował do Wykonawcy kolejne wezwanie, wzywając go do doprecyzowania udzielonych wyjaśnień tj.

- przedstawienia wykazu zmagazynowanych materiałów budowlanych,

- wskazanie wysokości przyznanej subwencji oraz wyjaśnienie w jaki sposób owa subwencja wpłynęła na cenę złożonej oferty.
- podanie poziomu zysku jaki wykonawca zakłada uzyskać realizując niniejsze zamówienie oraz do przedstawienia kalkulacji kosztów pracy,
- wskazania czy przy dokonywaniu kalkulacji ceny ofert wykonawca przyjął do zastosowania materiałów pochodzących z rozbiórki.

Wykonawca odnosząc się do wezwania, udzielił konkretnych odpowiedzi na zadane pytania, wyjaśnił, iż do kalkulacji ceny nie przyjął materiałów z rozbiórki, przedłożył Zamawiający wykaz zmagazynowanych materiałów budowlanych, wskazał poziom zysku, wskazał wysokość udzielonej subwencji i wyjaśnił w jaki sposób owa subwencja wpłynęła na cenę złożonej oferty, w sposób logiczny Wykonawca wskazał, iż dzięki uzyskanej subwencji firma WPRD nie jest zmuszona do zaciągania zobowiązań finansowych na zakup materiałów czy bieżące koszty działalności firmy.

Dowód : pismo Wykonawcy z dnia 06.04.2021 r. wraz z załącznikami

Zamawiający w kuriozalny wręcz sposób odrzucił powyższe wyjaśnienia, twierdząc że „*W tym miejscu należy podkreślić, iż Wykonawca nie próbował nawet udowodnić Zamawiający, iż posiadane materiały będą faktycznie wykorzystywane przy realizacji niniejszej inwestycji*”. Absurdalność tego zarzutu jest wręcz oczywista. Należy zadać pytanie — jak Wykonawca miałby wykazać że na pewno tych materiałów użyje do wykonania zadania co do którego jeszcze nie uzyskał zamówienia? Gdyby materiały te nie nadawały się do wykonania przedmiotowego zamówienia, wtedy zarzut Zamawiającego ma jakiś sens, ale takiego zarzutu Zamawiający nie podniósł.

Nie sposób uznać za zasadny zarzutu Zamawiającego, iż rzekomo „*Zamawiający, w dalszym ciągu nie uzyskał informacji o wysokości wynagrodzeń otrzymywanych przez pracowników Wykonawcy*” - skoro Wykonawca wskazał konkretną stawkę godzinową i przedstawił szczegółowe koszty pracy w załączonych kosztorysach, gdzie są one szczegółowo rozpisane. Za absurdalne wręcz należy uznać odrzucenie wyjaśnień Wykonawcy albowiem „*Wykonawca nie wskazał czy powyższa stawka przedstawiona przez Wykonawcę obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń wymienione w § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym elementy zostały wliczone w roboczogodzinę.*”

Tu podnieść należy, iż Zamawiający nie żądał wykazania czy „stawka przedstawiona przez Wykonawcę obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń wymienione w § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym elementy zostały wliczone w roboczogodzinę” Zamawiający wskazał jedynie iż : *„Wykonawca nie przedstawił jednak Zamawiającemu dokładnej kalkulacji kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny złożonej oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku 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. Proszę zatem o uzupełnienie tych informacji, aby możliwe było zweryfikowanie przez Zamawiającego, czy koszty pracy nie zostały ustalone w sposób niezgodny ww. przepisami.”*

Jednakże Zamawiający nie wskazał jakie mają to być informacje czy kalkulacje oraz nie określił jednak ich formy.

Wskazać tu należy na wyrok KIO z dnia 01-12-2020 KIO 2928/20 „Koszty zatrudnienia pracowników na poziomie koniecznym przy realizacji zamówienia” tj. w świetle art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, za wystarczającą wartość wynagrodzenia przyjętą do ustalenia ceny należy uznać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2000 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 18.30 zł brutto czyli netto to 13,37 zł i jest to kwota uwzględniająca ubezpieczenie chorobowe, które jest nieobowiązkowe.

Wykonawca załączył do wyjaśnień kalkulacje kosztorysowe ze wskazanymi kosztami roboczogodziny pracy, w których wskazano koszt roboczogodziny na 22,00 zł (kosztorys robót elektrycznych i drogowych), 19,44 zł (kosztorys robót kanalizacji deszczowej), 21,00 zł (roboty teletechniczne) 18,50 (kosztorys robót drogowych) . W tej sytuacji twierdzenie Zamawiającego o że z wyjaśnień dalej nie wynika że Wykonawca uwzględnił w kalkulacji swojej ceny przepisy o minimalnym wynagrodzeniu o pracę” jest nieprawdziwe.

Zwrócić uwagę należy na następujące wyrażenie Zamawiającego: *„Zamawiający, z przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz „dowodów” nie jest w stanie ani*

zweryfikować stawki wynagrodzeń pracowników, ani nie jest w stanie zweryfikować czynników, które według Wykonawcy umożliwiły mu zaoferowanie ceny na niskim poziomie”

Budzi zdumienie, że Zamawiający nie jest w stanie odczytać z kosztorysu pozycji zapisanej w np. w następujący sposób : Robotnik budowlany — jedn. miary r-godz- cena 19,44 zł, albo Monterzy — jm r-g, cena 21 zł — jaka jest stawka wynagrodzenia pracownika.

Ostatnie pismo Zamawiającego z dnia 12.04.2021r. dotyczyło zobowiązania Wykonawcy do wyjaśnienia rozbieżności kosztorysowych — co Wykonawca uczynił pismem z dnia 13.04.2021 r. wyjaśniając że kosztorysy branży elektrycznej dostarczone Zamawiającemu

w dniu 19 marca 2021 dotyczą tylko robót elektrycznych realizowanych przez podwykonawcę (pozycje drogowe są wyzerowane). Natomiast kosztorysy załączone do wyjaśnienia z dnia 06.04.2021r. dotyczą kalkulacji całkowitej ceny oferty i zawierają pełen zakres tj. roboty elektryczne do wykonania przez podwykonawcę łączne z robotami drogowymi

zawartymi

w kosztorysach branży elektrycznej do realizacji przez WPRD Spółka z o.o.

Dowód : pismo Wykonawcy z dnia 13.04.2021r.

Zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego w którym wskazuje on iż *„Zamawiający odniósł nieodparte wrażenie, że Wykonawca zarzucił Zamawiającego licznymi fakturami z roku ubiegłego, licząc iż Zamawiający wybierze sobie te dokumenty, które będą w jego ocenie wystarczającym dowodem na twierdzenia zawarte w piśmie z wyjaśnieniami. Tym samym przedkładając Zamawiającemu jakiegokolwiek załączniki licząc, że Zamawiający ze względu na obszerność je zaakceptuje.”* - przecież Wykonawca jasno i wyraźnie wskazał iż *„Ceny materiałów zostały przez nas przyjęte wg aktualnych cen zakupu i złożonych ofert, (kopie faktur i oferty w załączeniu)”* - faktury te więc były dowodem cen jakie Wykonawca płaci i będzie płacił za materiały na użytek niniejszego zamówienia, i dotyczyły one materiałów takich jakie są niezbędne dla przedmiotowego zamówienia. Zachodzi więc pytanie - jakie faktury miał przedłożyć Wykonawca aby „zadowolić” Zamawiającego, i dlaczego jeżeli Zamawiający nie uznawał tych faktur za dowody dostateczne, dlaczego nie zwrócił się o dalsze wyjaśnienia. Na marginesie wskazać należy że za przejaw już chyba złej woli Zamawiającego trzeba uznać czynienie zarzutu że są to faktury z zeszłego roku — skoro postępowanie ogłoszono w lutym, trudno żeby Wykonawca dysponował fakturami z roku 2021, bo w okresie zimowym robót drogowych się przecież nie prowadzi, co Zamawiający powinien wiedzieć. Jest to zresztą zarzut nieprawdziwy, bo część przedstawionych faktur pochodzi z 2021 r.

Dowód : wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12.03.2021 r.

Dowód : wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 30.03.2021 r. Dowód : wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12.04.2021 r. Dowód : informacja o wyborze.

Tu podnieść należy, iż wskazówek, czego właściwie oczekuje się od wykonawców w wyjaśnieniach ceny uznanej za rażąco niską można szukać przykładowo w wyroku KIO z 14 maja 2019 r. (sygn. akt: KIO 776/19), gdzie Izba stwierdziła, że *„celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie przez zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie”*. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, powołując się na wcześniejsze orzeczenie z dnia 18 lutego 2016, sygn. akt KIO 150/16, że *„powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często”*. W odniesieniu do kwestii zbyt ogólnych wezwań do wyjaśnień przesyłanych przez zamawiających Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wykonawca udzielający odpowiedzi na tak ogólne wezwanie nie może ponosić konsekwencji negatywnych wynikających z nieprawidłowego, tj. nieprecyzyjnego i niestarannego sformułowania wezwania.

Zatem, jeżeli sposób przedstawienia informacji był w jakikolwiek sposób dla Zamawiającego niejasnym winien on zwrócić się do Wykonawcy o dalsze wyjaśnienia. Gdy wezwanie jest lakoniczne, nieprecyzyjne, bądź ogólnikowe, zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania wyjaśnień charakteryzujących się wymienionymi wcześniej cechami.

Jak wskazuje zaś choćby Wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r. (Sygn. akt KIO 2224/14, sygn. akt KIO 2228/14) *„z fundamentalnych zasad ustawy wynika reguła, którą można sprowadzić do stwierdzenia „jaki wezwanie, takie wyjaśnienia”. (...) Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp na podstawie oczekiwań, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, narusza prawo”*.

Tym samym, jeżeli Zamawiający wzywa Wykonawcę do określonych wyjaśnień i oczekuje udzielenia ich w określonej formie czy sposobie, ma obowiązek sprecyzować

je Wykonawcy, a jeżeli ich nie otrzyma w takiej formie jakiej by sobie życzył, to nie może wobec Wykonawcy wyciągać negatywnych konsekwencji w tej kwestii jeżeli nie sprecyzował swojego żądania.

Odnośnie zatem obalenia przez Wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, to wskazując zarówno na argumenty zawarte w części I i II niniejszego odwołania, wynika z nich jasno iż, cena oferty Wykonawcy w odniesieniu do cen innych wykonawców nie jest ceną rażąco niską, a wartość szacowania dokonana przez Zamawiającego jest zawyżona.

Wykonawca w sposób jasny i dokładny, oraz poparty dowodami wykazał okoliczności opisane w art. 224 ustęp 3, i wykazał iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, a argumenty i zarzuty Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty są albo nieprawdziwe, albo wynikają z oczekiwań co do sposobu przedstawienia dowodów, których rozsądnie działający wykonawca nie może wywieść z treści wyjaśnień, co stanowi naruszenie prawa.

W dniu 7 maja 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie KONSORCJUM FIRM Firma Inżynieryjno-Drogowa DROGTOM sp. z o.o., z siedzibą we Włocławku oraz, B. sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 7 maja 2021 r. Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddaleniu odwołania, podnosząc iż zarzut dotyczący zawyżenia wartości szacunkowej jest zarzutem spóźnionym. Odwołujący powziął wiadomość o wartości szacunkowej zamówienia z treści pisma Zamawiającego z dnia 12 marca 2021 r., w którym Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień czy zaoferowana całkowita cena brutto nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy możliwe jest wykonanie za zaoferowaną cenę brutto, przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto, na etapie badania ofert, Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie kosztorysów inwestorskich będących podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Nie wiadomo zatem, na jakiej podstawie Odwołujący, nie posiadając wiedzy na temat zawartości kosztorysów inwestorskich, założył że wartość szacunkowa została zawyżona.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert,

że wartość ta może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert, zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania, w związku z wniesieniem zarzutu, po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

W pozostałym zakresie Izba skierowała zarzuty podniesione w odwołaniu na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba uznała za skutecznie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: Firma Inżynieryjno-Drogowa DROGTOM sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz B. sp. z o.o., z siedziba we Włocławku i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

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

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

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

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do odrzuconego zarzutu dotyczącego

naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona względem cen ofert, że wartość ta może być miarodajnym odniesieniem przy badaniu rzetelności wyceny poszczególnych ofert.

Izba wskazuje, że zarzut został wniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie, a zatem jako zarzut spóźniony, wniesiony po upływie terminu na jego wniesienie określonego

w ustawie, na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp podlegał odrzuceniu. Zgodnie z jego treścią Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Natomiast, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącego podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

O wysokości wartości szacunkowej zamówienia Odwołujący powziął wiedzę w dniu 12 marca 2021 r. z pisma Zamawiającego przekazanego Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w sprawie wezwania do wyjaśnienia ceny, w którym to piśmie, Zamawiający wskazał m.in. dokładną wysokość wartości szacunkowej. Zatem od dnia 12 marca 2021 r. rozpoczął się dla Odwołującego pięciodniowy bieg terminu na wniesienie środków ochrony prawnej, w zakresie kwestionowania wysokości wartości szacunkowej zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut dotyczący wysokości wartości szacunkowej zamówienia, znanej Odwołującemu od dnia 12 marca 2021 r. a kwestionowanej w przedmiotowym odwołaniu (wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dacie 4 maja 2021 r) jako wartość zawyżona, jest zarzutem podniesionym z uchybieniem terminu na jego wniesienie. Jako zarzut odrzucony na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp nie podlega skierowaniu na rozprawę.

Odnosząc się do zarzutu, iż ustalona wartość szacunkowa nie może stanowić podstawy do zastosowania procedury badania rażąco niskiej ceny wskazanej w art. 224 Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje na treść art. 224 ust. 2 pkt. 1) Pzp, zgodnie z którą w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że ta rozbieżność wynika z

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z kolei, z treści art. 224 ust. 1 Pzp wynika, iż 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 wykonawców wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z powyższej regulacji wynika obowiązek leżący po stronie Zamawiającego, polegający na żądaniu wyjaśnień od wykonawcy w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeżeli cena całkowita jego oferty jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert, chyba że ta rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Obowiązek ten materializuje się w przypadku zaistnienia co najmniej jednej z dwóch przesłanek, tzn. cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia z Vat lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wystarczającym jest zatem zaistnienie wyłącznie jednej z powyższych przesłanek, aby zamawiający miał obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a okoliczność, że nie zaistniała druga z wymienionych przesłanek żądania wyjaśnienia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych nie jest istotna, z punktu widzenia ciężącego na Zamawiającym obowiązku, bowiem ich wystąpienie nie musi nastąpić łącznie.

W przedmiotowym postępowaniu, cena całkowita złożona w ofercie Odwołującego była mniejsza o około 31,79% od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek od towarów i usług, o czym Zamawiający powiadomił Odwołującego pismem z dnia 12 marca 2021 r., wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Powyższe potwierdza, że w zaistniałych okolicznościach zmaterializował się obowiązek leżący po stronie Zamawiającego, w zakresie skierowania do Odwołującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia.

Odstąpienie od powyższego obowiązku możliwe jest jedynie w sytuacji, kiedy rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową powiększoną o należny podatek od towarów i usług lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert a ceną oferty niższą o co najmniej 30%, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jednakże takich okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 2, 3 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i porzestanie na jedynie formalnej

i powierzchownej ich ocenie, oraz poprzez nieuzasadnione odrzucanie wyjaśnień Wykonawcy jako rzekomo gołosłownych, oraz poprzez zarzucanie Wykonawcy iż nie złożył wyjaśnień

w określonym kształcie i zakresie, mimo braku sprecyzowanego wezwania w tej kwestii, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, mimo że wykonawca ten dopełnił procedury wyjaśnienia i obalił domniemanie, że cena z jego oferty jest rażąco niska, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a wykazanie jedynie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz

specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości,

iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze iż obowiązek wykazania że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, nadal zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14) który zapadł pod rządami poprzedniej ustawy prawo zamówień publicznych, w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie ceny lub kosztu, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i jakości wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, w zakresie wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można

natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

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

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

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający trzykrotnie zwracał się do Odwołującego z wezwaniem w zakresie wątpliwości dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego za cenę podaną przez Odwołującego. O ile pierwsze z wezwań Zamawiającego stanowiło wezwanie o charakterze ogólnym, to już kolejne stanowiły doprecyzowanie wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie sprecyzował wezwania w zakresie konkretnych elementów ceny, które Odwołujący winien wyjaśnić.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniły podanej w ofercie ceny. Wyjaśnienia stanowiły ogólnikowe, mało precyzyjne odniesienie się do kwestii, wyjaśnienia których oczekiwał Zamawiający. Ponadto twierdzenie Odwołującego, iż na wszystkie podnoszone przez Zamawiającego kwestie Odwołujący udzielił szczegółowych wyjaśnień oraz przedstawił dowody na ich poparcie, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale.

Po pierwsze za wymaganą, dokładną kalkulację kosztów pracy nie można uznać podania w kosztorysach złożonych przez Odwołującego jedynie stawki roboczogodziny. Zamawiający wnosil o uzupełnienie podanych informacji o dokładną kalkulację kosztów pracy, w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie, czy koszty pracy nie zostały ustalone

w sposób niezgodny w przepisami, na które się powołał w wezwaniu. Odwołujący zamiast wymaganej kalkulacji kosztów pracy podał w kosztorysach stawki roboczogodzin dla pracowników na stanowiskach robotniczych. Stawki te, nie odnosiły się (co zostało przyznane podczas rozprawy) do wynagrodzenia osób na stanowiskach kierowniczych.

Nie można zatem uznać, iż w zakresie wymaganych kosztów pracy Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia. Zamiast bowiem wymaganej kalkulacji kosztów pracy, Odwołujący wskazał konkretne stawki roboczogodziny, bez wskazania w jaki sposób zostały one wyliczone, jak oczekiwał tego Zamawiający.

Po drugie Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób otrzymana kwota subwencji przełożyła się na całkowitą cenę w złożonej ofercie. Odwołujący wskazał, że otrzymana kwota subwencji przeznaczona jest na finansowanie kosztów bieżącej działalności firmy, zapewni większą płynność finansową, co ma wpływ na cenę wykonywanych robót i usług. Dzięki temu Odwołujący nie jest zmuszony do zaciągania zobowiązań finansowych na zakup materiałów czy bieżące koszty działalności.

W ocenie Izby, powyższe nie może zostać uznane za wyczerpującą odpowiedź na pytanie zadane przez Zamawiającego, a dotyczące cenotwórczych elementów oferty, złożonej w postępowaniu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że otrzymana kwota subwencji będzie zagospodarowana (w jakim stopniu, w całości lub w części?) przez Odwołującego w danym zamówieniu, oraz jaki będzie konkretnie wpływ i udział w zaoferowanej cenie otrzymanej subwencji.

Dalej, wykaz stanów magazynowych przedstawionych przez Odwołującego jako dowód na potwierdzenie szczególnie korzystnych warunków zamówienia, nie potwierdził oświadczenia Odwołującego o posiadaniu ok. 80% kruszywa niezbędnego do realizacji zamówienia, dzięki czemu Odwołujący może uniezależnić się w tym zakresie od wahań cen w toku wykonywania zamówienia. Jak wykazał Przystępujący na rozprawie w sposób rzetelny i szczegółowy (w oparciu o dowody Odwołującego załączone do wyjaśnień ceny) Odwołujący nie posiadał na stanie kruszywa niezbędnego do realizacji zamówienia w deklarowanych wielkościach. Zapasy Odwołującego stanowiły jedynie kilkanaście procent materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący nie gwarantował, że to właśnie ten materiał zostanie użyty do realizacji zamówienia, co również przyznał podczas rozprawy. Trudno zatem uznać, że poprzez sam fakt, iż Odwołujący, który realizuje wiele inwestycji budowlanych, i dysponuje pewnym zgromadzonym materiałem budowlanym, który może przeznaczyć do wykorzystania w innym zamówieniu, oferuje wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją zamówienia.

Koniecznym jest również odniesienie się do złożonych jako dowody faktur zakupowych. Przystępujący wykazał, że złożone przez Odwołującego jako dowody, faktury zakupowe

na materiały ujęte w sporządzonych kosztorysach, zawierały ceny wyższe niż ceny dla tych materiałów ujęte w kosztorysach. Dotyczy to pn. cen kruszywa bazaltowego frakcji 0/31,5 dla którego do kalkulacji ceny przyjęto kwotę 38,50 zł a z faktury dla tego materiału wynika kwota 49,00 zł, czy stabilizacji, gdzie przyjęto ceny odpowiednio 75,00 zł a z faktury wynika kwota 105,00 zł. Załączone w tych pozycjach faktury, nie stanowią zatem dowodu na realność cen przyjętych do kalkulacji ceny. Natomiast mogą stanowić faktyczne uzasadnienie,

że przyjęte do kalkulacji ceny podanej w ofercie składniki cenotwórcze, nie są cenami

realnymi, lecz zaniżonymi w stosunku do cen, za które zostały zakupione przez Odwołującego materiały. Nie znajduje zatem uzasadnienie w stanie faktycznym stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu, zgodnie z którym, *faktury te więc były dowodem cen jakie Wykonawca płaci i będzie płacił za materiały na użytek niniejszego zamówienia, i dotyczyły one materiałów takich jakie są niezbędne dla przedmiotowego zamówienia.*

Ponadto Odwołujący powołał się na korzystne upusty dla nabywanych materiałów kamiennych lub brukarskich, nawet o 40% od ceny oficjalnie publikowanej, jednak na tą okoliczność nie załączył żadnych dowodów, potwierdzających możliwości zakupu materiałów po niższych cenach.

Dodać należy, iż szczegółowa analiza kosztorysów Odwołującego przeprowadzona przez Przystępującego wykazała, że zaoferowana cena całkowita nie obejmuje wyceny całego wymaganego przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie ujął w cenie kosztów związanych

np. z utrzymaniem i likwidacją organizacji ruchu na czas prowadzonych prac. Przystępujący wykazał również, że do kalkulacji ceny zostały przyjęte materiały o niższych niż wymagane przez Zamawiającego parametrach technicznych, np. brak w wycenie wymaganego asfaltu modyfikowanego, w miejsce którego Odwołujący oferuje asfalt o niższych parametrach.

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

Tymczasem wyjaśnienia w zakresie ceny udzielone przez Odwołującego nie uzasadniają wysokości ceny całkowitej podanej w ofercie. Są one bardzo lakoniczne, o dużym stopniu ogólnikowości, bez załączenia wymaganej kalkulacji w zakresie kosztów pracy, a tam gdzie kalkulacja została załączona, to jej analiza nie potwierdza możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Bez znaczenia jest również okoliczność, że rozliczenie przedmiotowego zamówienia ma zostać dokonane w formie ryczałtu a Odwołujący na potwierdzenie kalkulacji ceny złożył kosztorysy, które nie były wymagane. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie narzucił sposobu wyjaśnienia ceny i przedstawienia kalkulacji, a złożenie kosztorysów było inicjatywą Odwołującego. Zatem jeżeli Odwołujący przyjął taką formułę jako odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny i jej kalkulacji, to winien w nich ująć wszystkie elementy objęte przedmiotem zamówienia, zgodnie z dokumentacją postępowania, w

sposób rzetelny i przejrzysty, dający Zamawiającemu możliwość zweryfikowania poprawności sporządzonej ceny. W takich okolicznościach, argumentacja Odwołującego, że elementy

nie wykazane w kosztorysie zostały ujęte w kosztach pośrednich nie może zostać uwzględniona.

To na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a obowiązkowi temu Odwołujący nie sprostał.

W związku z powyższym, w ocenie Izby działania Zamawiającego były w pełni uzasadnione, bowiem zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: