

Sygn. akt: KIO 410/20

WYROK
z dnia 22 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu przy udziale wykonawcy A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu przystępującej do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę przystępującego po stronie zamawiającego A. S.-J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. w Świdnicy kwotę 10 685,64 zł (dziesięć tysięcy sześćset osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztów noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 22 maja 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 410/20

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Obornicka 126 , 50-984 Wrocław – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej dla celów bytowo - gospodarczych i przeciwpożarowych w kompleksie wojskowym we Wrocławiu przy ul. Obornickiej 108”, o numerze nadanym przez zamawiającego 1/VII/WB/20/R, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2020 r. pod numerem 502429-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na robotę budowlaną, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 21 lutego 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaś w dniu 26 lutego 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica (dalej zwany jako „odwołujący”) wniósł środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego "Drobud" A. S. – J. (dalej: Drobud), którego oferta powinna podlegać odrzuceniu;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Drobud mimo, że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, a szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Drobud w sytuacji, gdy wykonawca ten

nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono co następuje. W ocenie odwołującego wykonawca Drobud, w świetle złożonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i obecnych uwarunkowań rynkowych, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Zawarte w wyjaśnieniach informacje wskazują wprost na zaistnienie okoliczności opisanych w dyspozycji art. 90 ust. 3 p.z.p., tj. zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską, zaś w pozostałym zakresie wyjaśnienia są powierzchowne, nie zawierają istotnych dowodów i jedynie pozornie wskazują na poprawność kalkulacji ceny.

Zdaniem odwołującego koszt realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie 1 417 736,38 zł, na który składają się: 1) koszt materiałów podstawowych (rur, studni oraz komór bet, kształtek, zasuw, hydrantów, zestawu wraz z kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia) - oszacowany na kwotę 654 736,38 zł, 2) koszt robocizny (2 brygady cztero-osobowe) 8 osób przez 12 miesięcy (1 osoba 3 000,00 zł brutto miesięcznie) + koszt kadry (kierownik budowy 12 m-cy x 10 000,00 zł miesięcznie = 120 000,00 zł) - oszacowane łącznie na 408 000,00 zł, 3) koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne) - oszacowane na kwotę 355 000,00 zł, nie są wiarygodne.

W ocenie odwołującego wykonawca Drobud, wskazując koszt materiałów podstawowych, pomija szereg materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (dowód - załącznik nr 1 materiały, które nie zostały ujęte w wyjaśnieniach ceny). Zestawienie materiałów podstawowych, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, wynika z tabeli zawartej w projekcie wykonawczym. Szacowana wartość materiałów pominiętych przez wykonawcę Drobud - przy zastosowaniu poziomów rabatów wynikających z ofert dostawców, to kwota co najmniej 140 000,00 zł. Ponadto, dostawcy materiałów, których oferty wykonawca dołączył do swoich wyjaśnień, posiadają w ofercie materiały pominięte przez Drobud, widocznie nie były one przedmiotem zapytania ze strony wykonawcy.

Dalej odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawca wskazuje, iż wszelkie koszty robocizny dla osób realizujących przedmiot zamówienia wyniosą 408 000,00 zł, kiedy realizacja ma się odbyć w skróconym 12 miesięcznym terminie (na co Drobud nie przedstawia żadnego dowodu) i polegać ma na zaangażowaniu w

wykonanie zamówienia łącznie 9 osób (2 brygady 4 osobowe + kierownik). Wyjaśnienia wskazują zatem, że oferta wykonawcy Drobud zawiera rażąco niską cenę. Według odwołującego dla realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób opisany przez zamawiającego, jak również zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, wymieniona kadra jest niewystarczająca. Zamawiający wśród warunków udziału w postępowaniu wskazał na konieczność dysponowania osobami posiadającymi stosowne uprawnienia budowlane niezbędne dla realizacji zamówienia. Oprócz kierownika budowy niezbędne jest sprawowanie nadzoru przez kierowników branżowych posiadających stosowne kwalifikacje. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Drobud potwierdził, iż do realizacji przedmiotu zamówienia planuje przeznaczyć, oprócz kierownika budowy wymienionego w wyjaśnieniach, następujące osoby: pana S.M. w charakterze kierownika robót branży instalacji sanitarnych, pana B.L. w charakterze kierownika robót branży konstrukcyjno - budowlanej oraz drogowej, a także pana K.W. w charakterze kierownika robót branży instalacji elektrycznych. Wynagrodzenie żadnej z ww. osób nie zostało ujęte w wyjaśnieniach przedłożonych przez Drobud, co wskazuje wprost, iż kalkulacja jest nierzetelna.

Odwołujący argumentował dalej, że kalkulacja wskazuje, iż 8 osób realizujących przedmiot zamówienia otrzyma wynagrodzenie w wysokości 3 000,00 zł brutto miesięcznie. Wykonawca dokonał obliczenia kosztów wynagrodzenia w następujący sposób: 8 osób x 3 000,00 zł brutto x 12 miesięcy realizacji, co daje kwotę 288 000,00 zł (408 000,00 zł ogólnych kosztów robocizny - 120 000,00 zł koszt kadry). W opinii odwołującego obliczenie obarczone jest błędem, ponieważ kwota 3000,00 zł brutto stanowi dla pracodawcy znacznie większy koszt. Zakładając nawet, iż przez cały okres realizacji umowy żaden z pracowników nie zachoruje, nie skorzysta z urlopu wypoczynkowego, itp. na kwotę 3 000,00 zł brutto składają się dodatkowe koszty pracodawcy na minimalnym poziomie - ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, fundusz pracy i fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych, co oznacza, że łączny koszt, jaki musi ponieść pracodawca - zgodnie z obowiązującym prawem - to kwota 3 611,10 zł. Zatem przyjmując, że pracownicy otrzymują minimalne ustawowe wynagrodzenie za pracę na poziomie 2 600,00 zł brutto, to rzeczywisty koszt pracodawcy wynosi 3 129,62 zł, przy czym biorąc pod uwagę okres realizacji zamówienia należy ująć w kalkulacji zapowiadany skokowy wzrost minimalnego wynagrodzenia w roku 2021.

Dla odwołującego powyższe oznacza, że kalkulacja wykonawcy Drobud nie zapewnia uzyskiwania przez pracowników minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. nr 200, poz. 1679 ze zm.), co potwierdza złożenie przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

złożone wyjaśnienia nie mogą obejmować kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto, obecnie na rynku robót budowlanych istnieją poważne problemy z zatrudnieniem pracowników (brak chętnych do pracy), co powoduje, że oczekiwania co do wysokości wynagrodzenia rosną. Zgodnie z danymi GUS średnie wynagrodzenie pracownika produkcji podstawowej w budownictwie w okresie I-III kwartał 2019 r. wyniosło 5 125,70 zł (źródło: strona internetowa GUS), tym samym pozyskanie pracowników budowlanych za wynagrodzenie wskazane w wyjaśnieniach Drobud jest mało wiarygodne. Wśród dziewięciu osób, których wynagrodzenie stanowią koszt robocizny wskazany w wyjaśnieniach, nie ma operatorów sprzętu czy kierowców. Odwołujący zauważył także, że z wyjaśnień wynika, iż Drobud posiada nowoczesny park maszynowy oraz planuje wykonanie zadania siłami własnymi, lecz kalkulacja nie uwzględnia kosztów prac sprzętowych, ani wynagrodzenia osób przewidzianych do obsługi posiadanego sprzętu.

W ocenie odwołującego pozostałe koszty w wysokości 355 000,00 zł, w których znalazł się cały katalog wydatków (paliwo, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne) nie zostały udowodnione. Do kalkulacji nie załączono dowodów w postaci ofert, wycen, itp. Drobud poprzestał na wskazaniu samej kwoty. Jak również w wyjaśnieniach powinny zostać zwarte inne koszty, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Kalkulacja nie obejmuje bowiem kosztów wykonania przewiertów sterowanych o łącznej długości 1 229 mb. Minimalny koszt wykonania przewiertów o średnicy nominalnej DN 160 wynosi 90,00 zł/mb netto, co oznacza, iż kolejny pominięty w kalkulacji załączonej do wyjaśnień element ma wartość co najmniej 136 000,00 zł. Podobnie w zakresie posiadanego sprzętu - pomimo, iż wykonawca oświadczył (a nie udowodnił), że do wykonania robót będzie używał własnego sprzętu i urządzeń, nie może to skutkować pominięciem wyceny kosztów pracy niezbędnego sprzętu.

Odwołujący podsumował, że nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca Drobud nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku udowodnienia, że złożona oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Przedłożone wyjaśnienia nie tylko nie obaliły wynikającego z ustawy domniemania o wadliwości złożonej oferty, ale wprost potwierdziły zaistnienie takich okoliczności.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

Izba wskazuje dalej, że wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę A. S.-J.

prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J., ul. Jesionowa 5, 45-409 Opole (dalej zwaną jako „przystępujący”), zgłaszającą przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Wypada zaznaczyć, że skład orzekający podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach z 17.11.2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 i sygn. akt III CZP 58/17 oraz w wyroku z 23.05.2018 r. sygn. akt IV CSK 448/17, zgodnie z którym przez zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć prawo odwołującego do kwestionowania zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego w postępowaniu, czy odrzucenia jego oferty.

Skład orzekający ustalił także, iż odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny czy zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody dotyczące sposobu wyliczenia ceny, zatem czy nie zaniechano odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, ofertę przystępującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia pomiędzy zamawiającym a przystępującym, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części z powodu przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, co powoduje, że została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p., bowiem stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wadliwy wynik przetargu.

Skład rozpoznający odwołanie zaznacza również, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną, którą wskazał odwołujący.

Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną

zarzutów” (*vide* wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby: z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Skład orzekający podkreśla, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, ponieważ podniesione przez odwołującego okoliczności faktyczne wskazują, że zamawiający w sposób wadliwy przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., co spowodowało, że Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Skład orzekający wskazuje również, iż na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. lub art. 90 ust. 3 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz

ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa we wskazanej normie, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie wskazano na wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił *ex lege* przesłankę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy – którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, więc w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Następnie Izba podkreśla, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna. Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, która – jak każda czynność zamawiającego w postępowaniu – winna być przeprowadzona w poszanowaniu zasad naczelnych zamówień publicznych, wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

W ramach oceny ofert ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny i należycie działający zamawiający, w wyniku postępowania wyjaśniającego cenę, powinien otrzymać jednoznaczny wynik tej oceny. Wynik ten winien być wyraźny – cena oferty jest rzetelnie skalkulowana, zapewnia zysk i odpowiada wymogom zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, bądź cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia, co powoduje odrzucenie oferty. Należy zauważyć, iż treść art. 90 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia w tej sferze wątpliwości, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, kiedy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem procedura prawidłowo przeprowadzonych wyjaśnień powinna zakończyć się jednym, obiektywnym i kwantyfikowalnym wynikiem. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach procedury wyjaśnienia ceny ofertowej. Mając na uwadze literalne brzmienie normy, posiłkując się jej systemowym osadzeniem w systemie prawa zamówień publicznych, celem oraz funkcją, należy stwierdzić, iż racjonalny ustawodawca takiego ograniczenia nie przewidział, ponieważ w każdej, indywidualnej sytuacji konieczne może okazać się wyjaśnienie innych okoliczności – w tym wyjaśnienie faktów ujawnionych w toku wyjaśnień – zwłaszcza w sytuacji, w której na podstawie ustalonego jeszcze w sposób niepełny stanu faktycznego, nie sposób będzie wyciągnąć jednoznacznych wniosków, co okazało się szczególnie istotne w rozpoznawanej sprawie.

W związku z powyższym zamawiający, a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego, musi przez pryzmat omawianych przepisów dokonać konkretyzacji oceny w przedmiocie tego, czy cena ofertowa została dostatecznie wyjaśniona, czy też nie. Dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Stwierdzić należy, iż oczywistym celem przyświecającym ustawodawcy przy formułowaniu norm w zakresie weryfikacji ceny oferty było doprowadzenie do stanu, w którym cena zostanie wyjaśniona na tyle wyczerpująco, że będzie możliwa jednoznaczna ocena czy jest ona realna i rynkowa, czy nie jest. Należy zatem przyjąć słuszne zapatrywanie ustawodawcy, że nie sposób jest uznać ceny jako rynkowej, bądź jako rażąco niskiej, jeśli okoliczności jej zaoferowania nie zostały dostatecznie wyjaśnione – taki proces nie byłby bowiem procesem oceny, a wyboru, w sposób w zasadzie losowy, dowolnego wniosku spośród tych, które wydają się w jakiejś mierze prawdopodobne.

Warto również zauważyć, że z powyższej przyczyny, zmierzając do zapewnienia skuteczności omawianych przepisów, jako pozwalających na ustalenie obiektywnego, kwantyfikowalnego miernika staranności zamawiającego, orzecznictwo Izby wskazuje na kryterium rzetelności w udzielaniu wyjaśnień – jako decydujące o dopuszczalności kolejnego wezwania. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne,

czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. Wezwanie zatem powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny, bądź nie pytał w ogóle.

Odwołując się do wyводу w zakresie braku ograniczenia ilościowego i zakresowego w uregulowaniach dotyczących art. 90 ust. 1 p.z.p. stwierdzić należy, iż jest możliwe – a w niektórych sytuacjach wręcz konieczne – pozyskanie przez zamawiającego wiedzy, jak w danej konkretnej sytuacji wykonawca dokonuje kalkulacji, aby rozpocząć proces wyjaśniania ceny i skierować do wykonawcy następane – bardziej precyzyjne wezwanie, ze wskazaniem na konkretne elementy budzące wątpliwości – jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze.

Podstawą do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej, lub jako ceny realnej. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty przystępującego i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby wykonawcy przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu rozpoznawanym sporem zaniechano.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania, nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nieprawidłowe przeprowadzenie weryfikacji sposobu kalkulacji ceny spowodowało, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego, kiedy rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia

czynności jednostki zamawiającej w przetargu. Informacje zawarte w stanowisku procesowym przystępującego zostały podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, że informacje te były podstawą do dokonywania przez zamawiającego czynności w przetargu. Umknęło uwadze przystępującego, że to termin składania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego jest właściwym etapem na przedstawienie swojego szczegółowego stanowiska, wskazanie czynników obniżających cenę, pokazanie pełnych wyliczeń i złożenie dowodów (art. 90 ust. 2 p.z.p.), bowiem Izba – oceniając działanie zamawiającego – bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego danych czynności. Zatem bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, a więc, że dokonano na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, należy uznać twierdzenia te za spóźnione. Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 09.04.2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09 „w ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych elementów celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego”. Skład orzekający argumentację tą podziela i przyjmuje za własną.

Z powodu braku szczegółowego wyliczenia w wyjaśnieniach ceny, dopiero przed Izbą przystępujący próbował wykazywać, że w cenie zawarto wszystkie materiały wymagane do realizacji umowy, w szczególności materiały, które zostały wskazane w dowodzie złożonym przez odwołującego w postaci zestawienia dołączonego do odwołania. Przystępujący uszczegółowił jakie konkretnie materiały, o jakiej wartości i ilości, przyjęto do wyceny oferty. Takie szczegółowe zestawienie „materiałów podstawowych zgodnie z dokumentacją projektową na podstawie ofert” (załącznik nr 1 do stanowiska procesowego), gdyby zostało złożone zamawiającemu w przetargu, pozwoliłoby na jednoznaczne zweryfikowanie co wyceniono w ofercie i co zawarto w pozycji tabeli wyjaśnień pn. „koszt materiałów podstawowych” w kwocie 654 736,38 zł netto, kiedy z wyjaśnień i dołączonych do nich ofert nie wynika, aby wyceniono wodomierze, zawory, filtry, itd., szczegółowo wyliczone przez odwołującego. Materiałów tych nie ma w dowodach złożonych wraz z wyjaśnieniami, jak

również z tabeli zbiorczej z wyjaśnień nie wynika co dokładnie zostało wycenione przez wykonawcę. Sama ogólna wartość wszystkich materiałów do realizacji umowy nie daje podstaw do oceny czy w cenie ujęto wszystkie niezbędne materiały i czy wyceniono je na poziomie rynkowym. Przystępujący dołączył do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, tym niemniej rację ma odwołujący, że nie wszystkie materiały zostały tam ujęte. Zamawiający powinien dopytać wykonawcę o tę okoliczność, celem weryfikacji rzetelności wyceny przystępującego i zawarcia w cenie wszystkich elementów wymaganych do realizacji zamówienia. Nic nie stało na przeszkodzie, aby takie szczegółowe zestawienie zostało złożone przed zamawiającym, a nie dopiero przed Izbą. Należy także zwrócić uwagę, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, złożone na wezwanie zamawiającego są bardzo oszczędne. Znaczącą część to zapewnienia przystępującego o rentowności i wyliczenie okoliczności mających wpływ na cenę, a sama „szczegółowa kalkulacja” to zaledwie trzy zbiorcze pozycje (koszt materiałów podstawowych, koszt robocizny i koszty pozostałe). Zamawiający określił formę wynagrodzenia jako wynagrodzenie ryczałtowe, co jednak nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia faktycznie szczegółowych wyliczeń ceny oferty, a za takie trudno uznać tabelę z trzema pozycjami dla wyceny robót budowlanych za niemal 2 700 000,00 zł.

Skład orzekający zauważa dalej, że jeżeli mamy do czynienia z ryczałtowym rozliczeniem robót budowlanych, to tym bardziej rzetelna i szczegółowa weryfikacja ceny oferty pozwala na zapobieganie sytuacjom, w których wybrana oferta pomija istotne elementy przedmiotu zamówienia lub zawiera zaniżone koszty. Umknęło uwadze przystępującego, że sam charakter wynagrodzenia nie stanowi dla zamawiającego żadnego zabezpieczenia przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny i wydaje się oczywistym, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca – będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego – dysponuje dokładnymi kalkulacjami i założeniami, które stanowią podstawę do wyceny oferty. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą tabeli elementów scalonych (formularz nr 6), która zawiera kilkanaście składników ceny w podziale na poszczególne branże. W ocenie Izby elementy tam wskazane stanowią istotne składniki cenowe, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., ponieważ zostały wyszczególnione przez zamawiającego w dokumentacji postępowania i wyjaśnienia ceny winny składniki te rozwijać i uszczegóławiać, a nie podawać zbiorczy koszt w postaci trzech pozycji w tabelce. Takie wyjaśnienia są zdecydowanie zbyt mało szczegółowe, żeby podjąć próbę ustalenia w jaki sposób policzono poszczególne koszty. Przystępujący pokazał zsumowane wartości, co powoduje, że zamawiający nie był w stanie ustalić i zweryfikować jaki element ile kosztuje i czy są to koszty realne, czy rażąco niskie. Rzeczone „szacunki” nie są i nie mogą być uznane za wystarczające, ponieważ stanowią wprost zaprzeczenie obiektywnej weryfikowalności ceny, która jest fundamentalnym

elementem, koniecznym dla zapewnienia ekonomicznej porównywalności złożonych w postępowaniu ofert – ciężko jest uznać, że cena jest realna bądź nie, skoro nie wiadomo w istocie jakie i o jakiej wartości składniki cenowe się na nią złożyły.

Brak jest również możliwości zweryfikowania czy zawarto w cenie wszystkie koszty pracownicze, w tym koszty wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Jak podnosił odwołujący koszty osobowe są istotnym elementem cenotwórczym, zaś pracodawca musi uwzględnić w cenie wszystkie elementy wynikające ze stosunku pracy. Dopiero na rozprawie wyjaśniono, że nie wszyscy pracownicy przystępującego będą zatrudnieni na cały etat, czy ilu dokładnie pracowników będzie realizowało umowę dla zamawiającego, w tym że nie wszystkie koszty personelu to podany koszt robocizny. Skoro zamawiający nie posiada takich danych w wyjaśnieniach ceny to nie był w stanie ocenić czy przyjęty przez przystępującego skład osobowy i policzone wynagrodzenia pozwalają na należyte wykonanie umowy, a sumarycznie – czy cena w tym zakresie została skalkulowana prawidłowo, a także czy zachowano poziom minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.). Przystępujący nie załączył do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny umów o pracę, które złożono w postępowaniu odwoławczym, kiedy nie było przeszkód, aby wykonawca – będący dysponentem dokumentów – takie dowody złożył na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający winien także wyjaśnić co dokładnie wyceniono w tzw. „kosztach pozostałych”, ujętych w jedną zsumowaną wartość, ponieważ już sam sposób opisanie pozycji, tj. „paliwa, opłaty, odtworzenie nawierzchni, zajęcia pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne” powoduje, że bez wyszczególnienia i wyceny składników zawartych w tej pozycji, wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny są niewystarczające i treściowo puste. Zestawienie w jednej pozycji kilku do kilkunastu różnych wydatków, o różnej częstotliwości ponoszenia i różnej wysokości, uniemożliwia bowiem realną i jednoznaczną weryfikację co wliczono w cenę i czy w takiej „blokowej pozycji” nie ukryto składników zaniżonych. Z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny nie wynika również ile wynoszą, zaniżone w ocenie odwołującego, koszty wykonania przewiertów.

Natomiast podnoszone przez przystępującego okoliczności o posiadaniu nowoczesnego parku maszynowego nie zostały wykazane – przed Izbą złożono spóźniony dowód będący wykazem sprzętu (załącznik nr 7 do stanowiska procesowego), który powinien zostać przedłożony zamawiającemu, jak również należy podzielić stanowisko odwołującego, że koszt realizacji zamówienia w zakresie używania sprzętu to nie tylko koszt paliwa, a m.in. koszt amortyzacji, ubezpieczenia, czy koszt napraw. Stwierdzenie wykonawcy o dysponowaniu własnym sprzętem nie zwalnia przedsiębiorcy z konieczności chociażby przybliżonego wyliczenia takiego kosztu i wskazania go w wyjaśnieniach, ponieważ każdy

składnik cenowy, niezbędny do realizacji zamówienia, powinien zostać wyceniony indywidualnie i konkretnie – bez umieszczania go w „bloku” zestawionego z innymi kosztami, których ujęcie żadnych realnych, możliwych do weryfikacji informacji zamawiającemu nie dostarcza.

Ponadto dodatkową okolicznością, powodującą konieczność szczegółowej weryfikacji ceny przystępującego, jest zestawienie pozostałych cen zawartych w ofertach złożonych w postępowaniu. Wykonawcy kalkulowali ceny w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, a przy tym złożone oferty różnią się jedynie ceną, ponieważ w pozacenowym kryterium oceny ofert wszyscy wykonawcy uzyskali po tyle samo punktów.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można wykluczyć także potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej.

Dopiero kontynuacja postępowania wyjaśniającego elementy ceny, uczyni zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 p.z.p. Zamawiający winien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne, klarowne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Brak wyjaśnienia wątpliwości w sytuacji, w której takowe pojawiłyby się po stronie należycie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego, skutkuje wytrąceniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego. W tym miejscu należy podzielić również stanowisko orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88), kiedy zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w odniesieniu do wartości szacunkowej, przedmiotu zamówienia, czy cen ofert konkurencji.

W konsekwencji powyższych wywodów skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna dla realizacji celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką jeszcze może okazać się oferta przystępującego, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień

wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Izba nie podzieliła zatem stanowiska odwołującego o zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego i oddaliła odwołanie w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamiast kontynuować postępowanie wyjaśniające cenę przystępującego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania. Przegrywającym jest przystępujący po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zatem zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba obciążyła przystępującego kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci wpisu od odwołania oraz kosztami noclegu pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....