

**WYROK**

**z dnia 15 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Stołeczną Policji w Warszawie, ul. Nowolipie 2** przy udziale wykonawców **Studio Budowlane Unity s.c. M. T., D. C. z siedzibą w Warszawie, ul. Kędzierskiego 2 lokal 66** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Studio Budowlane Unity s.c. M. T., D. C. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.1. zasądza od wykonawców **Studio Budowlane Unity s.c. M. T., D. C. z siedzibą w Warszawie ul. Kędzierskiego 2 lokal 66** na rzecz wykonawcy **TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Annopol 22** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Komenda Stołeczna Policji w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonania dokumentacji projektowej dla modernizacji elewacji Pałacu Mostowskich”. Ogłoszenie zamieszczono w DZ.U.U.E. 2021/S 074-188261 z dnia 16.04.2021 r.

Odwołujący: TPF Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania.

Zarzucił Zamawiającemu, że w toku postępowania naruszono przepisy Ustawy PZP:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Studio Budowlane „UNITY” S.C. M. T., D. C. („Unity”) wyjaśnień, podczas gdy złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

2. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Unity, mimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania art. 224 ust. 1-3 Ustawy;

III. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia czynności wyboru oferty Unity jako najkorzystniejszej, dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Wykonawcy Unity, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia i w wyniku wskazanych czynności i zaniechań został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust 6 Ustawy PZP

1. W postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Unity- wynika to zarówno z porównania ceny ofert z szacunkową wartością zamówienia, jak i ze średnią ceną ofert. Zaistnienie domniemania skutkuje tym, że tak długo, jak nie zostanie ono obalone - oferta podlegają odrzuceniu. Co więcej - obalenie tego domniemanie powinno obejmować wszystkie elementy wskazane w wezwaniu. Sam fakt nieprzedłożenia wymaganych przez Zamawiającego dowodów w odpowiedzi na Wezwanie stanowi potwierdzenie braku obalenia domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny.

7 maja 2021 r. Zamawiający w trybie art. 224 ust. 2 pkt. 1 PZP wezwał Wykonawcę Unity do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oprócz ogólnego wezwania stanowiącego powtórzenie art. 224 PZP

Zamawiający wskazał, że wymaga dołączenia do wyjaśnień dowodów oraz udzielenia odpowiedzi na następujące pytania;

„Zamawiający wyzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień, w szczególności przedstawienia kalkulacji cenowej, dotyczących treści złożonej oferty z uwzględnieniem elementów mających wpływ na wartość w kwestii:

1.szczegółowego wymagania dotyczącego wykonania kompleksowej inwentaryzacji architektoniczno-budowlanej budynku Pałacu Mostowskich oraz dziedzińców wewnętrznych i terenu przyległego bezpośrednio, z zastosowaniem skanera laserowego, umożliwiającego uzyskanie dokumentacji 2Di 3D o których mowa w załączniku nr 7 do SWZ?

2.inwentaryzacji oraz ekspertyz techniczno-budowlanej z analiza geologiczną podłoża, mapą do celów projektowych z ewentualnym sprawdzeniem granic działek; badaniami stratygraficznymi i architektonicznymi jeśli to konieczne?

3.projektu koncepcyjnego z uzyskaniem zleceń konserwatorskich i wstępną Wycenę Kosztów Inwestycji?

4. opracowania dokumentacji projektowej wraz z umaskaniem wszystkich wymaganych przepisami uzgodnień, opinii, pozwoleń, zgłoszeń i decyzji administracyjnych właściwych podmiotów i organów w tym m.in., uzgodnień z rzeczoznawcą ds. BHP, ochrony p.poż oraz rzeczoznawcy ds. higieniczno-sanitarnych Państwowej Inspekcji Pracy

5. prowadzenia prac konserwatorskich, uzgodnionych z konserwatorem zabytków?

6. czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił ryzyka wynikające z realizacji umowy, w tym warunki udzielonej gwarancji i rękojmi, a także kary umowne wynikające z § 10 ust 1 ogólnych warunków Umowy (Rozdz. XIX SWZ)”

Zamawiający wskazał jednoznacznie, że do wyjaśnień muszą zostać dołączone dowody. Złożone w odpowiedzi wyjaśnienia mające obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, mają cztery strony i nie zawiera żadnego dowodu.

Wykonawca nie wykazał w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaka została zaoferowana, ponadto wykonawca Unity nie przedstawił ani jednego dowodu.

Powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał minimalnej choćby analizy złożonych wyjaśnień RNC, pomijając postawione przez siebie w wezwaniu wymagania dla wyjaśnień. Jest to zaniechanie, które narusza przepisy Ustawy. Wskazywał na to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2214/06: „Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale

konieczne jest wyliczenie realnego kosztu. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących. ”

Treść wyjaśnień RNC Wykonawcy Unity pełna jest ogólnikowych stwierdzeń nie popartych żadnymi dowodami:

- „Naszym zdaniem kolejny oferent się pomylił i w wycenie skalkulował również inwentaryzację wnętrza budynku(..)
- „Wycena prac projektowych została opracowana w oparciu o cennik prac projektowych Studia Budowlanego Unity przy założeniu stawki 25,00 zł/j.n.p netto..”
- „Ponosimy koszty stałe (m.in. cena wydruku, prądu, materiałów technicznych, ubezpieczenie przedsiębiorstwa, podatki inne koszty opłat) oraz pozostałe koszty dodatkowe, w tym opłacenie wynagrodzenia (umowa zlecenie) dla projektantów sprawdzających ”

Wyjaśnienia RNC nie dość, że nie zawierają żadnej merytorycznej treści, to ponadto nie zawierają żadnej kalkulacji. Wykonawca wskazał łączną ryczałtową kwotę za wykonanie dokumentacji w przeliczeniu na wskazane przez niego j.n.p..

Nawet w pojedynczej kalkulacji zawarł błąd obliczeniowy wskazując 8 945,4 j.n.p po 25 zł netto jako 182 000 PLN netto, a nie 223 860 PLN netto. Już te same błędy wskazują na brak rzetelności Wykonawcy w stosunku do swojej własnej wyceny.

Wartość zamówienia podana przez Zamawiającego to kwota 3 350 805.65 PLN brutto.

Stosunek cen ofert brutto do szacunkowej wartości zamówienia brutto przedstawia się następująco:

Wykonawca	Cena ofertowa brutto w PLN	% szacunkowej wartości zamówienia
Unity	227.550,00	6,79 %
TPF	1 843 770,00	55,02 %

Z kolei średnia cena ofert to ~~6 825 214,07~~ zł brutto. W rzeczywistości jest to 1 035 660 złotych (sprostowano na posiedzeniu KIO) Stosunek ceny ofert do średniej ceny ofert przedstawia się następująco:

Wykonawca	Cena ofertowa brutto w PLN	% średniej ceny ofert
Unity	227.550,00	21,97%
TPF	1 843 770,00	190,95%

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Unity nie sprostął obowiązkowi ciężaru dowodu, zaś wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2017 roku, sygn. akt XXIII Ga 967/16 podkreślił bardzo istotną kwestię ciężaru dowodu przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny: „W tym miejscu należy wyjaśnić, iż to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący) mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego. (...) Niezależnie od powyżej wskazanych braków wyjaśnień, Odwołujący wskazuje, że w cenie oferty wykonawcy nie ujęli między innymi istotnych czynników cenotwórczych, tj.:

- a) wykonanie kompleksowej inwentaryzacji architektoniczno - budowlanej budynku Pałacu Mostowskich oraz dziedzińców wewnętrznych i terenu przyległego bezpośrednio, inwentaryzacji konserwatorskiej (wymagania szczegółowe zał. nr 7),
- b) wykonanie wielobranżowej ekspertyzy technicznej/konstrukcyjnej budynku z pomiarem zasolenia,
- c) wykonanie ekspertyzy mykologicznej budynku z pomiarem zawilgocenia,
- d) wykonanie badań geologicznych wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, określenie stanu gruntu,
- e) wykonanie odkrywek fundamentów wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji,
- f) kosztów administracyjno-biurowych, ryzyka, gwarancje
- g) opracowania programu badań archeologicznych uzgodnionych z konserwatorem,
- h) brak uwzględnienia kosztu nadzorów autorskich

Brak ujęcia powyższych kosztów w cenie oferty wynika z faktu, że w/w koszty nie zostały wskazane w wyjaśnieniach. Sam brak któregośkolwiek z w/w kosztów w wyjaśnieniach wskazuje wprost, że cena oferty Unity jest ceną rażąco niską, gdyż nie obejmuje wszystkich kosztów, które należy ponieść w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

W wezwaniu z Zamawiający jasno wymaga przedstawienia kalkulacji części zamówienia. Zgodnie z szacunkami Zamawiającego zawartymi w dokumencie „wycena szacunkowa ma podstawie wki Dokumentacja” w poz. 7.1, przedmiotowy zakres został skalkulowany przez Zamawiającego na poziomie 469 528,14 PLN netto. Jeden etap dokumentacji jest droższy niż cała oferta wykonawcy Unity. Wykonawca nie wskazał również iż dysponuje skanerem laserowym oraz wymagany oprogramowaniem celem opracowania inwentaryzacji.

Zgodnie z szacunkami Zamawiającego zawartymi w dokumencie „wycena szacunkowa ma podstawie wki Dokumentacja” w poz. 7.2, przedmiotowy zakres został skalkulowany przez Zamawiającego na poziomie 469 528,14 PLN netto. Zgodnie z szacunkami Zamawiającego zawartymi w dokumencie „wycena szacunkowa ma podstawie wki Dokumentacja” w poz. 7.3, przedmiotowy zakres został skalkulowany przez Zamawiającego na poziomie 469

528,14 PLN netto. Jeden etap wymaganej dokumentacji jest droższy niż cała oferta wykonawcy Unity. Co więcej Wykonawca Unity nie przedstawił żadnej kalkulacji na potwierdzenie poprawności swoich założeń.

Ponadto Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał iż „Przedmiot zamówienia zamierza zrealizować samodzielnie, a nie wskazał, iż posiada wymaganego specjalistę do opracowania rzeczowej opinii np. w zakresie kwalifikacji zagrożeń biologicznych lub dobrania odpowiednich środków chemicznych.

Wykonawca nie wskazał, że posiada wymagany sprzęt do wykonania gadań (np. wiertnice) oraz że dysponuje kadrą geologa będącego w stanie ocenić stan gruntu.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do OPZ obowiązkiem Wykonawcy jest dokonanie odkrywek fundamentów, a więc ich fizycznego odkopania i weryfikacji stanu technicznego. Wyjaśnienia Wykonawcy Unity nie uwzględniają żadnych kosztów związanych z robotami budowlanymi.

Zgodnie z pyt nr 6 Zamawiającego dot. wyjaśnień Zamawiający żądał przedstawienia kalkulacji w zakresie ryzyka oraz gwarancji. Wykonawca ograniczył się jedynie do stwierdzenia iż „ponosi koszty stałe” oraz „Na każdej z zawartych umów mogliśmy liczyć na czysty zysk oscylujący w ok. 30%” Brak jakichkolwiek informacji w zakresie posiadanych polis, gwarancji i ponoszonych na tę okoliczność kosztów. Wykonawca nie wykazał dysponowania osobą Archeologa wymaganej do opracowania programu badań.

W stosunku do wszelkich wykazanych braków w przedmiotowej wycenie Unity nie uwzględnił w cenie ryzyka ani rezerwy z której mógłby np. sfinansować pracę dodatkowego personelu lub projektantów nie uwzględnionych w kalkulacji.

W wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2021 Wykonawca Unity oznajmia „Zgodnie z obwieszczeniem Prezesa GUS z 17 lutego w sprawie przeciętnego wynagrodzenia, średnie miesięczne wynagrodzenie za prace wynosiło 5 536,80 zł oraz przyjmując, że śr/miesiąc przypada 21 dni roboczych, obliczoną ze jeden dzień roboczy pracy projektanta kosztuje ok. 263,66 PLN.”

Wykonawca Unity nie przedstawił dowodu na takie zarobki projektantów, jedynie opiera się na danych GUS, przedmiotowa kwota jest wyższa niż zadeklarowana w ofercie.

Jeden dzień pracy nadzoru autorskiego został wyceniony przez Wykonawcę na kwotę 200 zł netto, a więc 246 PLN brutto co stanowi mniej niż sam Wykonawca założył w swoich wyjaśnieniach.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Unity.

Złożył wnioski dowodowe w zakresie dowodu z dokumentu w postaci analizy rynkowej średniej ceny projektów o analogicznym stopniu skomplikowania i zakresie opracowania, przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka mgr inż. L. T. na okoliczność wykonalności

projektu w cenie zaofertowanej przez Przystępującego, wezwanie do wyjaśnienia TPF Sp. z o.o. w zakresie też odwołania, w jego ocenie nieprawdziwych i wprowadzających w błąd Zamawiającego, w tym co do twierdzenia, że UNITY S.C. nie złożyło dowodów na poparcie wyjaśnień RNC. W dniu 12.05.2021 przez formularz Platformy OpenNexus do Zamawiającego zostało wysłane pismo z wyjaśnieniem RNC wraz z dowodami w postaci dwóch umów na prace projektowe o podobnym charakterze i wskazaniem średniej ceny dokumentacji projektowej, a nadto przesłuchania w charakterze Strony przedstawiciela Zamawiającego R. M. na okoliczność sposobu ustalenia wartości przetargu.

Przystępujący stwierdził, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ odnoszą tylko i wyłącznie do lakonicznych stwierdzeń o niemożności wykonania zamówienia za cenę zaofertowaną przez Przystępującego, w oderwaniu od realiów rynkowych przy wykonywaniu opracowań projektowych o analogicznym stopniu skomplikowania i zakresie robót. Podnoszone zarzuty o braku załączenia dowodów na poparcie wyjaśnień RNC nie polegają na prawdzie. Dowody zostały załączone na platformie Zamawiającego.

Spółka TPF złożyła odwołanie lakoniczne i niechlujnie napisane. W odwołaniu roi się od błędów i przeinaczeń. Poza wykazanymi wyżej dodatkowo na stronie 4 wykazuje iż „średnia cena ofert to 6 825 214,07 zł brutto” przy dwóch ofertach opiewających na 1 843 770,00 zł brutto i 227 550,00 zł brutto, co daje średnią arytmetyczną wynoszącą 1 035 660,00 zł brutto, Procenty w tabeli określające stosunek ceny ofert do średniej ceny oferty też zawierają wartości błędnie wyliczone.

Spółka TPF powołuje się na wycenę prac projektowych wykonaną przez Zamawiającego jako punkt odniesienia. Wycena Zamawiającego jest nieprawidłowa i nie może stanowić punktu odniesienia. W przesłanej przez Zamawiającego kalkulacji kosztów prac brak jest wskazania podstaw przyjętych do wyceny, a wskazane wartości są fikcyjne. Zamawiający nie stosował zapisów zawartych w rozporządzeniu 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. Przesłana kalkulacja ewidentnie dotyczy projektu remontu całego budynku, a nie zakresu objętego przetargiem. Błędne oszacowanie wartości przetargu spowodowało zawyżenie wymagań w zakresie posiadanego doświadczenia oferentów i zmniejszenie konkurencyjności co stanowi naruszenie zapisów ustawy PZP.

Wobec powyższych okoliczności wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Komenda Stołeczna Policji uwzględniła zarzutów przedstawione w odwołaniu z dnia 7 czerwca 2021 r. wykonawcę TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w całości.

Zgłaszający przystąpienie Studio Budowlane UNITY s.c. oświadczył, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W złożonym pisemnym stanowisku przystępujący wskazał na ciężar dowodu w sprawie będącej przedmiotem sporu, brak dowodów ze strony odwołującego, niezrozumienie powodów uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, fakt uprzedniego uznania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących RNC za prawidłowe, a przede wszystkim stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy wartość przedmiotu zamówienia nie została prawidłowo ustalona, czego uzasadnienie można było sformułować dopiero po uzyskaniu od zamawiającego pełnej kalkulacji inwestorskiej, co nastąpiło, wskutek wniosków przystępującego, dopiero przy pismach zamawiającego z 11 czerwca i 8 lipca 2021 r.

Wskazał, a następnie, w toku rozprawy, rozwinął stanowisko o wadliwej kalkulacji zamawiającego w zakresie ustalenia wartości robót budowlanych i w następstwie błędnej wyceny samej usługi projektowej. Zauważył nadmiarowy zakres robót przyjęty do kalkulacji, w tym m. in. co do inwentaryzacji, która nie powinna dotyczyć wnętrza budynków. Kwestionując zarzut odwołania nie przedstawienia wyceny określonych ekspertyz, badań i pomiarów wskazał na pomocniczy charakter takich dokumentów. Podkreślił swoje doświadczenie na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia zauważając, że dla prac projektowych o znacznie szerszym zakresie rzeczowym, w tym dotyczących obiektów zabytkowych, cena prac nie powinna przekraczać 0,5 mln zł.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na uwzględnienie.**

Co się tyczy interesu prawnego odwołującego w wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma wątpliwości, że podmiot ten ma interes w rozumieniu art. 505 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jako zainteresowany w uzyskaniu zamówienia, którego może być pozbawiony w razie udzielenia zamówienia konkurentowi, tu przystępującemu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Ten ostatni opiera zarzuty przede wszystkim na nie obaleniu przez przystępującego domniemania zaoferowania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny rażąco niskiej.

Analizując przebieg zdarzeń, w tym czynności zamawiającego podjęte w toku badania i oceny ofert skład orzekający zauważa, że zamawiający na takim etapie postępowania ma w istocie prawo badania cen ofertowych pod kątem ewentualnego zaoferowania ceny rażąco niskiej w zależności od własnej oceny zaistnienia takiej okoliczności lub możliwości jej zaistnienia. Stosownie do przepisów ustawy pzp istnieją przesłanki obligujące

zamawiającego do przeprowadzenia czynności wyjaśniających w razie zaistnienia okoliczności ustawowych wynikający z porównania zaoferowanej ceny z wartością zamówienia oszacowaną samodzielnie przez zamawiającego, a także przy porównaniu takiej ceny z wynikiem średniej ceny zaoferowanej w postępowaniu.

W tym miejscu istotne jest stwierdzenie, że ewentualne wątpliwości, zarzuty i zastrzeżenia co do poprawności czynności zamawiającego ustalającego wartość przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji, przedstawienia, wynikającego z takiego oszacowania, kwoty należności, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, nie mogą być przedmiotem rozpoznania i w efekcie, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że nawet w pełni uzasadnione zastrzeżenia wykonawcy w tym zakresie, nie zostały podniesione w drodze wniesienia stosownego środka ochrony prawnej celem unieważnienia takiej czynności zamawiającego, w terminie przewidzianym ustawą. Jakiegokolwiek uwagi wykonawcy przekazywane zamawiającemu, niezależnie od ich zasadności, nie mogą mieć wpływu na przebieg prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe jest uwagą dokonaną w związku z rozpoznawaną sprawą, lecz bez wpływu na ocenę uprzednich czynności i zaniechań gospodarza postępowania, jakim jest zamawiający.

Zgodnie z art. 224 ustawy PZP w przypadku gdy cena całkowita oferty 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ze względu na użycie przez ustawodawcę w spójnika „lub” wyrażenie to musi być traktowane jako alternatywa nierozłączna, a więc wystarczy, aby zaszła jedna z tych przesłanek, żeby zamawiający był obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zaistnienie kumulatywnie obu wskazanych przesłanek, tym bardziej i jeszcze wyraźniej, będzie obligowało zamawiającego do podjęcia stosownych działań. Wspomniany przepis wyznacza więc matematyczną regułę która określa kiedy zamawiający musi zastosować wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zastosowanie procedury tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. W tym też celu wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za proponowaną cenę.

W orzecznictwie i doktrynie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia.

Dla skutecznego obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, należy zatem podać jaka konkretnie przyczyna wpłynęła na ustalenie ceny oraz w jakim stopniu miała wpływ na jej obniżenie. Przy czym chodzi tu o przedstawienie szczególnej sytuacji danego podmiotu na rynku, która stawia go w uprzywilejowanej pozycji i umożliwia oferowanie niezwykle korzystnych cenowo propozycji ofertowych. Istotne jest również załączenie dowodów w postaci różnego rodzaju dokumentów, które odgrywają niebagatelną rolę w sferze poznania i ustalania faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia danego postępowania. W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy Zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

W sprawie rozpatrywanej zaistniała ustawowa przesłanka zobowiązująca zamawiającego do przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego także na wypadek, gdyby hipotetycznie przyjąć, że własna wycena zamawiającego jest znacząco wygórowana, którą to tezę uzasadniał kilkakrotnie w toku postępowania obecny przystępujący. Przesłanka niesporna jest bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy relacja ceny oferty wybranej do ceny oferowanej przez odwołującego. Niezależnie od tego można zauważyć, że zamawiający jako prowadzący postępowanie ma prawo w razie jakiegokolwiek wątpliwości zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.

Należy przypomnieć, że wzywając dnia 7 maja 2021 r do złożenia wyjaśnień zamawiający wskazał, oprócz podania podstawy prawnej i oczekiwań wynikających z przepisu art. 224 pzp, że wzywa wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień, w szczególności przedstawienia kalkulacji cenowej z uwzględnieniem elementów mających wpływ na wartość w kwestii /.../ tu wymieniono w sześciu punktach kwestie będące przedmiotem zainteresowania (cytowane wyżej w treści odwołania). W odpowiedzi wykonawca przedstawił w formie tabeli kalkulację, na którą składają się dwie pozycje tj. opracowanie dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji i pozwoleń administracyjnych oraz w pozycji 2. Pełnienie nadzoru autorskiego. Pozostała część wyjaśnień to stwierdzenie o ponoszeniu kosztów stałych, wskazanie stawki dniówki projektanta i odwołanie się do analogicznych prac realizowanych przez wykonawcę na rzecz miasta Warszawy z przedstawieniem kopii dwóch umów na tę okoliczność. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do wyspecyfikowanego w piśmie zamawiającego żądania w kolejnych punktach ujęcia w wyjaśnieniach wymienionych kwestii. Już sama ta okoliczność stanowi podstawę do twierdzenia, że wyjaśnienia nie zostały złożone w zakresie żądanym, a tym samym domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej nie zostało obalone. Jeżeli profesjonalny wykonawca, jakim jest przystępujący dysponuje szczegółową wiedzą na temat niezbędnego

zakresu prac stanowiących przedmiot zamówienia, naturalne jest, że potrafić powinien w tym zakresie przedstawić szczegółową kalkulację, czego w sprawie nie uczynił. Ponadto, jeżeli istotnie żądanie zamawiającego co do wskazania wyceny określonych prac było wadliwe wobec braku potrzeby wykonywania takich prac, chociażby z racji znanego rzeczywistego zakresu przedmiotu zamówienia, to wykonawca powinien to zamawiającemu wyjaśnić i wykazać, dlaczego błędne byłoby kalkulowanie prac zbędnych i nadmiarowych. Pominięcie milczeniem takiego zakresu w wyjaśnieniach czyni je niewiarygodnymi jako nie stanowiącymi odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego. W konsekwencji nie doszło do obalenia przez wezwanego wykonawcę formalnego domniemania rażąco niskiej ceny, co rodzi konsekwencję w postaci konieczności zastosowania art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Na marginesie przypomnieć należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że składana przez Wykonawcę oferta oraz zawierające się w niej dokumenty, będą odpowiadały wymaganiom stawianym w ustawie PZP. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienia publicznego nakładają obowiązek zachowania dokładności i staranności wykonawców w przygotowywanych dokumentach.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....