

KIO 1804/24, Rozstrzygnięcie w sentencji orzeczenia o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego. Uznanie dowodu na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny, wnioskowanego na etapie postępowania odwoławczego, za powołany jedynie dla zwłoki. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

LEX nr 3746256

Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 18 czerwca 2024 r.

KIO 1804/24

Rozstrzygnięcie w sentencji orzeczenia o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego. Uznanie dowodu na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny, wnioskowanego na etapie postępowania odwoławczego, za powołany jedynie dla zwłoki.

TEZA aktualna

W odniesieniu do dowodów wnioskowanych przez odwołującego na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, takie działanie należało uznać jednak za spóźnione. Zgodnie z p.z.p. udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu.

TEZA aktualna

Zgodnie z art. 513 p.z.p. odwołanie wnosi się na czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którą w tym przypadku była ocena wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w toku postępowania. Badaniu legalności przez Izbę podlega zaś ta ocena dokonana przez zamawiającego. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

TEZA aktualna

Zgodnie z art. 541 p.z.p. Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Przeprowadzenie ww. dowodu wnioskowanego przez odwołującego na okoliczność prawidłowości

kalkulacji ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przez Izbą należało uznać za spóźnione. Izba nie jest komisją przetargową, ani nie zastępuje kierownika zamawiającego.

TEZA aktualna

Informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 p.z.p., określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

Sentencja

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2024 r. przez wykonawcę Adro K. i S-ka spółka jawna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie przy udziale: 1. uczestnika po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy A. K., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Instal Diament A. K. orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2f odwołania (w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy F.H.U.P Domrex J. R. do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska),
2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2c, 2d, 2e odwołania,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Adro K. i S-ka spółka jawna w Warszawie i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Adro K. i S-ka spółka jawna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy Adro K. i S-ka spółka jawna w Warszawie na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie faktyczne

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, zwany dalej "zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej "ustawą Pzp" lub "Pzp", którego przedmiotem jest wykonanie prac budowlanych polegających na wymianie stolarki okiennej z PCV oraz w konstrukcji drewnianej wraz z demontażem starych okien i drzwi balkonowych zamontowanych w lokalach komunalnych stanowiących własność Miasta stołecznego Warszawy w budynkach mieszkalnych, w Dzielnicy Żoliborz przy ul. (...) w W.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 marca 2024 r., nr 2024/BZP 00233753.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 21 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Adro K. i S-ka spółka jawna w Warszawie, zwany dalej "odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie jego oferty, pomimo udzielonej odpowiedzi Wykonawcy - na wezwanie przez Zamawiającego z art. 107 ustawy Pzp - w postaci przedłożenia szeregu wyjaśnień (m.in.: wykonania kosztorysu w oparciu o ceny I kwartału 2004 sekocenbud; powołania się na inne ceny z pozostałych postępowań ZGN; przywołania szeregu spraw dotyczących zakupionego surowca na produkcję okien, co świadczy o stałości cen materiałów i surowców do produkcji okien, a także faktu, iż Wykonawca jest producentem i z uwagi na brak pośredników ma to wpływ na niższą cenę), a także przedłożenia dokumentów w postaci oferty systemu okiennych PCV innych producentów oraz przedmiaru robót (według NORMA STD), szczegółowego kosztorysu (oferta według NORMA EXPRESS) i kosztorysu wymiany okien wraz z przedmiarem (NORMA EXPRESS), a także danych o kwocie, którą to zamierzał przeznaczyć na poczet zamówienia objętego zaskarżonym postanowieniem. Tym samym Wykonawca ww. czynnościami, a także przedłożonymi dowodami wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, lecz cenę realną do wykonania Zamówienia, natomiast Zamawiający nie zbadał powyższego faktu dogłębnie i odrzucił ofertę Wykonawcy (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), mimo iż przedłożone wyjaśnienia i dokumentacja przez Wykonawcę jego zdaniem pozwalały na możliwość prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia za kwotę zgodnie z ofertą Wykonawcy (zarzut nr 2a odwołania);

b) art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty firmy INSTALDIAMENT A. K. jako najkorzystniejszej, podczas, gdy przedłożone przedmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na przyznanie ww. Wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert według SIWZ, w tym pod względem kryterium ceny, w sytuacji gdy inni Wykonawcy (w tym on) zaoferowali realne ceny niższe, a ich oferty zostały niezasadnie odrzucone (zarzut nr 2b odwołania);

c) art. 28 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności (zarzut nr 2c odwołania);

d) art. 34 pkt 1 i 2 Pzp w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, poprzez ich błędne zastosowanie w stosunku do ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym i nieprawidłowe oszacowanie wartości przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do oceny, iż złożył on ofertę zawierającą rażąco niską ceną co skutkowało odrzuceniem oferty, w sytuacji, gdy uwzględnienie obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim powinno prowadzić do wniosku, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp) (zarzut nr 2d odwołania),

Względnie: e) naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) przez żądanie od

Odwołującego za informacji zawartych w piśmie z dnia 19 kwietnia 2024 r. dotyczących: zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów, które to informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut nr 2e odwołania), f) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania pozostałych Wykonawców tj. Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K., F.H.U.P. DOMREX J. R. do złożenia wyjaśnień i środków dowodowych potwierdzających, iż złożone oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, mimo, iż cenowo ich oferty były zbliżone do jego oferty (zarzut nr 2f odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: a) unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę firmy Instal Diament

A. K. - jako oferty najkorzystniejszej,

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

c) wezwania pozostałych Wykonawców Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. (...) W. N. 31 NIP: (...) oraz F.H.U.P. DOMREX J. R.

B. (...), ul. (...), nr (...) do złożenia środków dowodowych potwierdzających, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem kalkulacji wyliczenia ceny lub kosztu, d) ponownego wezwania go do złożenia środków dowodowych potwierdzających, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem kalkulacji wyliczenia ceny lub kosztu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że odpowiadając na wezwanie o przedstawienie dowodów w zakresie zastosowania rażąco niskiej ceny, Odwołujący wyjaśnił kalkulację swojej ceny oraz wskazał na fakt, iż głównym powodem tak dużych rozbieżności pomiędzy zaproponowaną ceną, a kosztorysem inwestorskim było znaczące przeszacowanie tego ostatniego, a więc nieprawidłowe sporządzenie kosztorysu inwestorskiego.

Odwołujący wskazał, że przedmiar robót załączony do specyfikacji przetargowej dotyczył wymiany stolarki okiennej na nową z PCV w ilości 441,21 m² wraz z parapetami zewnętrznymi. Zamawiający wycenił wartość prac na 1 108 232,63 zł brutto co po przeliczeniu na m² okien daje wartość 2 323,70 zł (załącznik nr 1) i jest to wartość znacznie zawyżona jeżeli chodzi o ceny rynkowe. Odwołujący wskazał także, że do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, w celu zwrócenia uwagi i udowodnienia Zamawiającemu zasadności kalkulacji swej ceny i przeszacowaniu kwoty przeznaczonej na realizację zadania, załączył on dodatkowo kosztorys wykonany zgodnie z przedmiarem robót ze specyfikacji przetargowej w oparciu o

aktualne ceny z I kwartału 2024 sekocenbud z zastosowaniem st. wartości samej stolarki 730 zł za tn² i 930 zł za m², gdzie otrzymano wartość 566 618,18 zł netto co w przeliczeniu daje cenę 1 284,24 netto średnio za metr² stolarki (dowód załącznik nr 2 do pisma z dnia 19 kwietnia 2024 r.).

Według odwołującego bardzo duże rozbieżności pomiędzy przyjętym przez Zamawiającego szacunkiem, a kosztorysem Wykonawcy z załącznika nr 2 mogłyby być jeszcze większe jeżeli przyjęto by ceny referencyjnych okien z ofert przedstawionych przez innych producentów stolarki (wyceny załączono do pisma z dnia 19 kwietnia 2024 r. załącznik nr 3).

Zdaniem odwołującego kolejnym dowodem, iż zastosowana przez Zamawiającego stawka 2 323,70 zł netto średnio za m² stolarki okiennej wraz z robotami towarzyszącymi jest znacząco zawyżona, są przykłady z innych przetargów i postępowań prowadzonych przez inne podmioty, ale wyłącznie w trybie zamówień publicznych:

a. ZGN Praga północ (wrzesień 2023)- wymiana stolarki okiennej - Średnia cena za m² stolarki szacowana przez Zamawiającego - 1 126 netto (załącznik nr 4 do pisma) b. Miasto Stołeczne W-wa Dzielnica Mokotów (marzec 2024) - wymiana stolarki okiennej - średnia cena za m² stolarki szacowana przez Zamawiającego - 1 203 zł netto. (załącznik nr 5 do pisma).

Zdaniem odwołującego, dowodem na realną i jak najbardziej obowiązującą na rynku budowlanym cenę, są oferty jeszcze dwóch innych Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Ich oferty były tylko nieznacznie wyższe od złożonej przez niego, co może być wynikiem, iż żaden z nich w odróżnieniu od spółki nie jest producentem, a jedynie pośrednikiem w sprzedaży stolarki otworowej. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego za chybione należy żądanie Zamawiającego, przedstawienia dowodów o wysokości rabatów jakie są udzielane mu od dostawców profili, okuć okiennych, szyb, stali i itp. co stanowi tajemnicę handlową przedsiębiorstwa i mogłoby poważnie naruszyć jego interesy.

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia wraz z dowodami wystarczająco wyczerpały odpowiedź na zapytanie Zamawiającego o rażąco niską cenę, tym bardziej, że poza kwestiami dotyczącymi tajemnicy przedsiębiorstwa, wezwanie zostało sformułowane bardzo ogólnikowo. Analizując treść wezwania z dnia 19 kwietnia 2024 r. należy dojść do przekonania, że wezwanie to jest zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Treść wezwania ogranicza się do przytoczenia treści przepisu art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i żądania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego Zamawiający powinien wskazać elementy oferty które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Takie działanie wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który wymaga, aby zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Według odwołującego trudno oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, za pomocą stosownych dokumentów choćby w postaci: wykonania kosztorysu w oparciu o ceny I kwartału 2004 sekocenbud; powołania się na inne ceny z pozostałych postępowań ZGN; przywołania szeregu

spraw dotyczących zakupionego surowca na produkcję okien, co świadczy o stałości cen materiałów i surowców do produkcji okien, a także faktu, iż jest on producentem i z uwagi na brak pośredników ma to wpływ na niższą cenę, a także przedłożenia dokumentów w postaci oferty systemu okiennych PCV innych producentów oraz przedmiaru robót (według NORMA STD), szczegółowego kosztorysu (oferta według NORMA EXPRESS) i kosztorysu wymiany okien wraz z przedmiarem (NORMA EXPRESS), a także danych o kwocie, którą to zamierzał przeznaczyć na poczet zamówienia objętego zaskarżonym postanowieniem. Zdaniem odwołującego z ww. dokumentów jasno wynika realna cena, za pomocą której można byłoby realnie doprowadzić wykonanie zamówienia do końca, spełniając tym samym wszelkie kryteria z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach zaskarżonego postępowania zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 1.108.232,63 zł. Jest to cena wyższa od ceny ofert Wykonawców, z wyjątkiem podmiotu, którego oferta została wybrana. Odmienność w kalkulacji przyjętej przez Zamawiającego od tej ustalonej przez Wykonawcę stanowi jasny przykład, iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwymi dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Wykonawca jest producentem, a jednocześnie jest przedsiębiorcą miejscowym, co ma znaczenie ze względu na koszty transportu. Posiada zakupione surowce i komponenty na wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższe jednakże nie zostało uwzględnione. Zdaniem odwołującego można jasno stwierdzić, iż za pomocą stosownych kosztorysów, wyliczeń Wykonawca wykazał koszty związane realizacją zamówienia, jednakże Zamawiający nie wziął powyższego pod uwagę.

Zdaniem odwołującego, w piśmie z dnia 24 kwietnia b.r. nie tylko przedstawił on stosowne wyjaśnienia na pytania Zamawiającego dotyczące ceny, ale co ważne: w sposób precyzyjny, jasny i szczegółowy - za pomocą załączników w postaci ofert, kosztorysów, obmiarów-opisał co będzie wchodziło w zakres ceny jego oferty. Tym samym wszelkie wyjaśnienia co do ceny wykonania zamówienia były poparte stosownymi dowodami.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż całość załączonych dokumentów przez niego jest jasna, spójna i celowa odzwierciedlała realną cenę, za którą może być wykonane zadanie objęte zaskarżonym postępowaniem, jednakże Zamawiający nie wziął tego pod uwagę, co jest sprzeczne z regułami rachunkowymi, ofertami oraz kosztorysami przedłożonymi przez niego.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w piśmie z dnia 16 maja b.r. w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty nie wskazał dogłębnie przyczyn swojej decyzji, do czego był zobowiązany. W szczególności nie wykazał które to z przedłożonych przez niego kosztorysów, przedmiarów są niewiarygodne, niespójne lub nierzetelne. Nie oznacza to przerwania na zamawiającego obowiązku wykazania realności ceny oferty, ale wręcz przeciwnie - stanowi o obowiązku wykazania nierealności ceny tej oferty lub obowiązku wykazania wadliwości wyjaśnień wykonawcy. Zdaniem odwołującego pomimo niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny - takie też wyjaśnienie złożył on sam, Zamawiający nie wziął powyższego pod uwagę.

Odwołujący wskazał także, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego przedłożonych przez siebie przedmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, że

ofertą najkorzystniejszą nie jest. Odwołujący uważał, że złożył wszelkie dokumenty przepisane prawem, zgodnie z SIWZ, także w trakcie wyjaśnień, które to wykazywały realną niską cenę wykonania zamówienia. Co więcej, jego cena ofertowa wykonania zamówienia była ceną realną, popartą stosownymi kalkulacjami, przedmiarami, a przy tym ceną niską. Trzeba też wspomnieć, iż kryterium zawartym w XVIII SIWZ Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert stanowi wprost, iż: Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: cena - 60% i gwarancja - 40%. Odwołujący w przedmiotowych wyjaśnieniach wskazał wprost, iż jest producentem okien PCV. Powyższe ma więc również realny wpływ na ewentualny okres rękojmi czy gwarancji zamówionego produktu (jego okres gwarancji wynosił 48 miesięcy). Gdyby Zamawiający nie popełnił ww. błędów i nie odrzucił bezpodstawnie jego oferty musiałby zastosować - zgodnie z SIWZ - ww. kryteria względem także niego, co z pewnością nie dałoby podstaw do wyłonienia innego zwycięzcy zaskarżonego postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 32, 34 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że Podstawowym dokumentem określającym wartość robót budowlanych jest Kosztorys inwestorski, który jest wykorzystywany na wielu etapach procesu inwestycyjnego, poczynając od przygotowania postępowania przetargowego, poprzez badanie oferty wykonawcy, na rozliczeniu inwestycji kończąc. Argumentował, że ustawodawca art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprowadzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z takim właśnie wyjątkiem. Średnia arytmetyczna złożonych ofert, z wyjątkiem jednej, była ponad 30% niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego okoliczność ta powinna skutkować oceną niewymagającą dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. K., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Instal

Diament A. K. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników w trakcie posiedzenia i rozprawy,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób:

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

Art. 224 ustawy Pzp stanowi:

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

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) 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 rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

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

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił

wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac budowlanych polegających na wymianie stolarki okiennej z PCV oraz w konstrukcji drewnianej wraz z demontażem starych okien i drzwi balkonowych zamontowanych w lokalach komunalnych stanowiących własność Miasta stołecznego Warszawy w budynkach mieszkalnych, w Dzielnicy Żoliborz przy ul. (...) w W.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Wykonawca	Cena ofertowa brutto w złotych
1	Odwołujący	533 295,46 zł
2	Przedsiębiorstwo Budowlane (...) R. K. (...) W. ul. (...)	659 635,40 zł
3	Przystępujący	1 093 522,28 zł
4	F.H.U.P. DOMREX J. R. B. (...), ul. (...), nr 3g,	564 625, 95 zł

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przewidział kwotę: 1.108.232,63 zł brutto.

(por. informacja o kwocie, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 3 kwietnia 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp skierował do odwołującego wezwanie. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.

(...) w związku z tym, że cena całkowita Państwa 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 niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych/ wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę 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 dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. (por. ww. wezwanie zamawiającego, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 4 kwietnia 2024 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje: Cena Oferty wykonawcy, stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

1) Posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa Wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę.

2) Ponadto jako Firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera. 3) Jako iż jesteśmy równocześnie producentem oferowanej stolarki, skutkuje to możliwością oferowania jej w znacznie niższych cenach niż ogólnie przyjęte na rynku.

4) 40% zmagazynowanych zapasów materiałowych pozwala nam na dokładne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia bez ryzyka ewentualnych zmian na rynku jeśli chodzi o ceny stali, Pcv, Aluminium, itp.

5) Jako producent korzystamy z atrakcyjnych rabatów (często nawet 30%) na zakup materiałów i sprzętu co skutkuje możliwością zaoferowania przez nas konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie oświadczamy, iż w cenie Oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w postępowaniu tj. wymiana stolarki okiennej na stolarkę PCV przy ul. (...) w W. wg przedmiaru.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez nas w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. (por. ww. wyjaśnienia odwołującego, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z 19 kwietnia 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp skierował do odwołującego wezwanie.

W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje. w związku z lakonicznymi złożonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wskazanym przez wykonawcę w wyjaśnieniu z dnia 4 kwietnia 2024 r.

W szczególności Zamawiający żąda szczegółów, kalkulacji, dowodów, etc.

odnoszących się do punktów od 1 do 5 wyjaśnień, w zakresie możliwym do zweryfikowania przez Zamawiającego, w oparciu o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące m.in. zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 24 kwietnia 2024 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał, co następuje.

pragniemy podnieść fakt iż głównym powodem tak dużych rozbieżności pomiędzy zaproponowaną przez nas ceną, a kosztorysem inwestorskim jest znaczące przeszacowanie tego ostatniego. Właśnie na tą okoliczność zamierzamy w niniejszym piśmie przedstawić dowody.

Przedmiar robót do specyfikacji przetargowej dotyczy wymiany stolarki okiennej na nową z PCV w ilości 441,21 m² wraz z parapetami zewnętrznymi. Zamawiający wycenił wartość prac na 1 108 232,63 zł brutto co po przeliczeniu na m² okien daje wartość 2 323,70 zł (załącznik nr 1) i w naszym przekonaniu jest to wartość bardzo zawyżona jeżeli chodzi o ceny rynkowe.

Pokusiliśmy się o wykonanie kosztorysu w oparciu o aktualne ceny z I kwartału 2024 sekocenbud z zastosowaniem nst. wartości samej stolarki 730 zł za m² i 930 zł za m² i otrzymaliśmy wartość 566 618,18 zł netto co w przeliczeniu daje cenę 1 284,24 netto średnio za metr² stolarki. (dowód nr 2)

Bardzo duże rozbieżności pomiędzy przyjętym przez Zamawiającego szacunkiem, a naszym kosztorysem z nr 2 mogłyby być jeszcze większe jeżeli przyjęlibyśmy ceny referencyjnych okien z ofert przedstawionych nam przez innych producentów stolarki, które to wyceny również załączamy do niniejszego pisma (załącznik nr 3).

Kolejnym dowodem, iż zastosowana przez Zamawiającego stawka 2 323,70 zł netto średnio za m² stolarki okiennej wraz z robotami towarzyszącymi jest znacząco zawyżona, są przykłady z innych przetargów i postępowań prowadzonych przez inne podmioty, ale wyłącznie w trybie zamówień publicznych 1 - ZGN Praga północ (wrzesień 2023)- wymiana stolarki okiennej - Średnia cena za m² stolarki szacowana przez Zamawiającego - 1 126 netto (załącznik nr 4)

2 - Miasto Stołeczne W-wa Dzielnica Mokotów (marzec 2024) - wymiana stolarki okiennej - średnia cena za m² stolarki szacowana przez Zamawiającego - 1 203 zł netto. (załącznik nr 5)

Również na potwierdzenie okoliczności iż zaproponowaliśmy realną i jak najbardziej obowiązującą na rynku budowlanym cenę, są oferty jeszcze dwóch innych Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Ich oferty są tylko nieznacznie wyższe od naszej, co może być wynikiem iż żaden z nich w odróżnieniu od naszej spółki nie jest producentem, a jedynie pośrednikiem w sprzedaży stolarki otworowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, wydaje nam się zbędnym żądanie Zamawiającego, przedstawienia dowodów o wysokości rabatów jakie są nam udzielane od dostawców profili, okuć okiennych, szyb, stali i itp. co stanowi tajemnicę handlową.

Reasumując, wychodzimy z założenia że nasze wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami wystarczająco wyczerpują odpowiedź na zapytanie Zamawiającego o rażąco niską cenę jak i uspokajają niepokój o możliwość prawidłowego oraz terminowego wykonania prac określonych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Załączniki:

1 - przedmiar robót ul. (...)

2- kosztorys ofertowy wykonany z zastosowaniem cen z sekocenbud

3a - oferta firmy Stollar

3b - oferta firmy Top-Plast

4- przedmiar i informacja o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie -ZGN

Praga Północ 5 - przedmiar i informacja o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie - Miasto Stołeczne W-wa Dzielnica Mokotów

(por. ww. wyjaśnienia odwołującego z dowodami, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 16 maja 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

W wyniku unieważnienia, w dniu 15 kwietnia 2024 r., wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu i dokonania ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający, w dniu 19 kwietnia 2024 r., ponownie wezwał, za pośrednictwem platformy ezamowienia, Wykonawcę ADRO-K. S"KA SPÓŁKA JAWNA do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wskazanym przez wykonawcę w wyjaśnieniu z dnia 4 kwietnia 2024 r. dotyczącym wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w szczególności Zamawiający żądał szczegółów, kalkulacji, dowodów, etc. odnoszących się do punktów od 1 do 5 wyjaśnień Wykonawcy z dnia 4 kwietnia 2024 r., w zakresie możliwym do zweryfikowania przez Zamawiającego, w oparciu o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące m.in. zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. Wykonawca ADRO-K. I S-KA SPÓŁKA JAWNA złożył w wyznaczonym terminie, za pośrednictwem platformy ezamowienia, wyjaśnienia, które zdaniem Komisji nadal nie potwierdzają, że oferta ww. Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Kolejne wyjaśnienia nie zawierają, w szczególności dowodów oraz odniesienia się do wezwania, których Zamawiający żądał od Wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach skupił się na próbie udowodnienia Zamawiającemu, że nieprawidłowo oszacował zamówienie.

Należy podkreślić, że co do zasady, Wykonawca ma jedną możliwość na przedstawienie swojej argumentacji w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do zaferowania rażąco niskiej ceny, jednakże z uwagi na powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, kierując się

zasadami wyrażonymi w art. 16 i 17 ust, 2 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców, których oferty podlegały wezwaniu w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Zamawiający swoje wezwanie doprecyzował i uszczegółowił.

Zgodnie z wezwaniem, na Wykonawcy spoczywał obowiązek dołożenia należytej staranności w konstruowaniu wyjaśnień, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii poddanych pod wątpliwość przez zamawiającego. Wykonawca w swojej odpowiedzi nie podał konkretnych informacji, pozwalających Zamawiającemu na realną weryfikację wyceny, ponieważ celem Wykonawcy w jego wyjaśnieniach było udowodnienie, że złożona oferta nie zawierała zaniżonej ceny lecz to Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. W związku z tym, że Wykonawca w żaden sposób nie przedstawił wyjaśnień w odniesieniu do sposobu kalkulacji swojej oferty, ani także żadnych dowodów na potwierdzenie - trudno bowiem opierać się na informacjach i dowodach zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy, które w żaden sposób nie odnoszą się do jego ceny zaproponowanej w ofercie (kopie innych ofert, sporządzone na nowo kosztorysy). Z uwagi zatem na fakt, że ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na Wykonawcy, sankcją za niewykazanie tego stanowi odrzucenie oferty.

(por. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w aktach sprawy)

Ustalono również, że pismami z dnia 3 kwietnia 2024 r. oraz 19 kwietnia 2024 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał m.in. wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Holderbud R. K. do złożenia wyjaśnień i dowodów celem wykazania, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

(por. ww. wezwania, oraz potwierdzenia wysłania w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego oraz złożone w trakcie rozprawy, w aktach sprawy).

Uzasadnienie prawne

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy F.H.U.P.

DOMREX J. R. do złożenia wyjaśnień i środków dowodowych potwierdzających, iż cena oferty tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny (pkt 1 sentencji)

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 13 czerwca 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować

z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie podlegało odrzuceniu w zakresie:

- 1) zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności,
- 2) zarzutu naruszenia art. 34 pkt 1 i 2 Pzp w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, poprzez ich błędne zastosowanie w stosunku do ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym i nieprawidłowe oszacowanie wartości przetargu, co w konsekwencji doprowadziło do oceny, iż Odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską ceną co skutkowało odrzuceniem oferty, w sytuacji, gdy uwzględnienie obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim powinno prowadzić do wniosku, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp).

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w zakresie ww. zarzutów dotyczących niezgodnego z Pzp ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp, Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Izba ustaliła, że zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1.026.141,32 zł netto w dniu 27 lutego 2024 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. O tym, iż zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w ww. sposób odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności, miał możliwość powziąć wiadomość najpóźniej od dnia 21 marca 2024 r. W tej bowiem dacie miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu. Jak wynika z pkt 3 wzoru protokołu postępowania prowadzonego w trybie podstawowym zamawiający ujawnia w protokole wartość szacunkową zamówienia oraz sposób jej wyliczenia najpóźniej w dacie otwarcia ofert (por. pkt 3 wzoru protokołu - załącznik nr 8 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434).

Ponieważ zgodnie z art. 74 ust. 1 Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek,

odwołujący przy zachowaniu należytej staranności miał możliwość wystąpienia o wgląd do protokołu postępowania najpóźniej w dacie 21 marca 2024 r. i w ten sposób dowiedzenia się na jaką kwotę została ustalona wartość szacunkowa zamówienia i w jaki sposób zamawiający tego dokonał. Jeśli odwołujący uważał, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to miał możliwość kwestionowania takiej czynności zamawiającego w terminie liczonym od dnia, kiedy przy zachowaniu należytej staranności miał możliwość powzięcia wiadomości o tej czynności. Tymczasem omawiany zarzut odwołujący podniósł dopiero w odwołaniu wniesionym w dniu 21 maja 2024 r.

W tej sytuacji ww. zarzuty dotyczące niezgodnego z Pzp ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia należało uznać za spóźnione, co skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania w ww. części.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony współnika odwołującego - pani A. K., na okoliczność, iż kosztorys inwestorski nie powstał w dacie 27 lutego 2024 r. lecz ponad rok temu i zawierał błąd, który - po jego sprostowaniu - powinien skutkować ponownym przeliczeniem zamówienia.

Zgodnie z art. 541 Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Jak wskazano wcześniej, odwołanie w omawianej części podlegało odrzuceniu jako spóźnione. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Odwołanie podlegało odrzuceniu w zakresie zarzutów dotyczących treści wezwań zamawiającego skierowanych do odwołującego w dniach 3 kwietnia 2024 r. oraz 19 kwietnia 2024 r. w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił zarzut, iż zamawiający niezasadnie wezwał go do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Argumentował, że ustawodawca w art. 224 Pzp przewidział wyjątek wobec obowiązku wzywania do wyjaśnień ceny, z którym - w jego ocenie - mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie. Odwołujący podniósł bowiem, że średnia arytmetyczna złożonych ofert, z wyjątkiem jednej, była ponad 30% niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Uważał, że okoliczność ta powinna skutkować oceną niewymagającą dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący sformułował także w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) przez żądanie od niego informacji zawartych w piśmie z dnia 19 kwietnia 2024 r. dotyczących: zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów, które to informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w zakresie opisanych wyżej zarzutów dotyczącego niezasadnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami oraz zarzutów dotyczących treści tych wezwań.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

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 stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Informacje o czynnościach wezwania do złożenia wyjaśnień ceny wraz dowodami, w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, zamawiający przesłał odwołującemu w pismach odpowiednio z dnia 3 kwietnia 2024 r. oraz z dnia 19 kwietnia 2024 r.

W tej sytuacji, jeśli odwołujący uważał, że zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2024 r. z naruszeniem ustawy Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż rozbieżność, o której mowa w tym przepisie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, to powinien kwestionować czynność zamawiającego w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o tej czynności wezwania.

Tymczasem odwołujący odwołanie wobec tej czynności zamawiającego wniósł dopiero w dniu 21 maja 2024 r.

Analogicznie, jeśli odwołujący uważał, że zamawiający w piśmie z dnia 19 kwietnia 2024 r. z naruszeniem przepisów prawa wezwał go do złożenia wyjaśnień i dowodów odnośnie zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów, które to informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, to powinien kwestionować czynność zamawiającego w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o tej czynności wezwania.

Tymczasem odwołujący odwołanie wobec tej czynności zamawiającego wniósł dopiero w dniu 21 maja 2024 r.

Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwań zamawiającego w ustawowym terminie. Odwołanie w zakresie ww. zarzutów okazało się zatem spóźnione i w konsekwencji podlegało odrzuceniu w tej części. Odwołanie podlegało oddaleniu w pozostałej części.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. do złożenia wyjaśnień i środków dowodowych potwierdzających, iż cena oferty tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Celem wykazania ww. zarzutu odwołujący złożył w charakterze dowodu wydruk korespondencji mailowej z dnia 12 czerwca 2024 r. prowadzonej przez współnika odwołującego - panią A. K. W korespondencji tej na jej pytanie mam również prośbę o informację czy otrzymał Pan wezwanie od Zamawiającego o złożenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny udzielono odpowiedzi z adresu mailowego biuro@holderbud.pl o treści Nie otrzymałem takiego wezwania.

Zamawiający złożył w charakterze dowodu przeciwnego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W dokumentacji tej znajdowała się treść wezwania do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami skierowana do wykonawcy Przedsiębiorstwo

Budowlane HOLDERBUD R. K. w piśmie z dnia 3 kwietnia 2024 r. oraz w piśmie 19 kwietnia 2024 r.

Ponadto, jak wynikało ze złożonego przez zamawiającego w charakterze dowodu wydruku z platformy e-

Zamówienia, na której prowadzone jest postępowanie, wezwania te zostały przesłane przez zamawiającego do ww. wykonawcy drogą elektroniczną za pośrednictwem ww. platformy odpowiednio: w dniu 3 kwietnia 2024 r. o godz. 13:28:23 oraz w dniu 19 kwietnia 2024 r. o g. 14:06:23.

Ponadto Izba stwierdziła, że w dokumentacji postępowania znajdowało się zawiadomienie zamawiającego skierowane do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. o odrzuceniu jego oferty m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z powodu niezłożenia w reakcji na wezwanie zamawiającego wyjaśnień ceny wraz z dowodami.

Izba odmówiła wiarygodności korespondencji mailowej złożonej przez odwołującego, która pozostawała w sprzeczności z całością pozostałego materiału dowodowego. Izba wzięła pod uwagę, że pozostały materiał dowodowy tworzyła oficjalna dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, zawierająca wydruki zawiadomień i potwierdzenia wysłania plików z korespondencją za pośrednictwem platformy e-Zamówienia, na której prowadzone było postępowanie. Gdyby faktycznie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. nie otrzymał wezwania do złożenia wyjaśnień ceny i w konsekwencji jego oferta niezasadnie została odrzucona z powodu niezłożenia wyjaśnień ceny, to można byłoby się spodziewać, że wykonawca ten złożyłby odwołanie wobec czynności wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego. Oczekiwanie to byłoby tym bardziej uzasadnione, że oferta tego wykonawcy byłaby ofertą korzystniejszą od oferty wybranej przez zamawiającego i w tej sytuacji mógłby liczyć na uzyskanie zamówienia. Skoro takie odwołanie Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. jednak nie wpłynęło, to jednak należało zakładać, że wykonawca pogodził się z czynnością odrzucenia swojej oferty z powodu niezłożenia na wezwanie wyjaśnień ceny. Ergo można było przypuszczać, że takie wezwanie jednak otrzymał. Przy ocenie dowodów Izba wzięła także pod uwagę, że dowód złożony przez odwołującego nie miał charakteru bezpośredniego, stanowił jedynie korespondencję mailową z adresu biuro@holderbud.pl.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony współnika odwołującego - pani A. K., na okoliczność, iż na swoje pytanie skierowane do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane HOLDERBUD R. K. czy otrzymał on od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, uzyskała drogą mailową odpowiedź przeczącą.

Zgodnie z art. 541 Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba stwierdziła, iż okoliczność mająca być wykazana wnioskowanym dowodem, tj. fakt otrzymania przez panią A. K. odpowiedzi mailowej na zadane pytanie, został wykazany przez odwołującego już treścią złożonej w charakterze dowodu korespondencji mailowej. W tej sytuacji Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia wnioskowanego dowodu na ww. okoliczność.

Chybione okazał się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp (pkt 2a odwołania) i art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp (pkt 2b odwołania).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z

treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak wynikało z treści wezwania zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2024 r., zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez odwołującego budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem, że odwołujący zaoferował cenę niższą o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Z chwilą wystosowania ww. wezwania, po stronie odwołującego zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeśli odwołujący nie zgadzał się z treścią wezwania zamawiającego, to powinien w terminach wynikających z Pzp, kwestionować czynność zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej. Jeśli tego jednak nie uczynił, to po jego stronie zaktualizował się obowiązek obalenia poprzez wyjaśnienia i dowody domniemania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że rację ma zamawiający który w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego prawidłowo wytknął wykonawcy dlaczego ten, przez swe wyjaśnienia i dowody, nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zamawiający, zgodnie art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Jak wskazano wcześniej, przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi wyraźnie, że jeżeli wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp nie udźwignie ciężaru obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo dostrzegł, że odwołujący, pomimo otrzymania wezwań zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny wraz z dowodami, nie przedstawił zamawiającemu szczegółowych, konkretnych, nadających się do rzetelnej weryfikacji wyjaśnień ceny i dowodów.

W reakcji na pierwsze wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, odwołujący złożył nad wyraz lakoniczne pismo z dnia 4 kwietnia 2024 r. W piśmie tym powołał się na czynniki polegające na:

- 1) Posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa Wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę.

- 2) Ponadto jako Firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera.
- 3) Jako iż jesteśmy równocześnie producentem oferowanej stolarki, skutkuje to możliwością oferowania jej w znacznie niższych cenach niż ogólnie przyjęte na rynku.
- 4) 40% zmagazynowanych zapasów materiałowych pozwala nam na dokładne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia bez ryzyka ewentualnych zmian na rynku jeśli chodzi o ceny stali, Pcv, Aluminium, itp.
- 5) Jako producent korzystamy z atrakcyjnych rabatów (często nawet 30%) na zakup materiałów i sprzętu co skutkuje możliwością zaoferowania przez nas konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jak wynikało z przytoczonych wyjaśnień okazały się one lakoniczne, niekonkretne, pozbawione jakichkolwiek szczegółów i nie nadawały się do jakiegokolwiek weryfikacji przez zamawiającego. Ponadto do wyjaśnień tych wykonawca nie załączył jakichkolwiek dowodów.

Przykładowo jeśli sam odwołujący powoływał się na okoliczność, że ma możliwość korzystania z określonych rabatów od swoich poddostawców, to powinien po pierwsze w szczegółach wskazać, jakich konkretnie materiałów i sprzętu, istotnych dla wykonania tego konkretnego zamówienia to dotyczy i jakie ma to przełożenie ma możliwość zaoferowania takiej a nie innej ceny w postępowaniu. Następnie zaś wykonawca powinien ten fakt wykazać stosownymi dowodami. Analogicznie, jeśli odwołujący powołał się na fakt, że posiada 40% zmagazynowanych zapasów materiałowych, to powinien konkretnie wskazać, o jakie materiały, istotne z punktu widzenia wykonania tego konkretnego zamówienia chodzi, a następnie powinien wykazać ten fakt stosownymi dowodami. Bez przedstawienia szczegółów i konkretów, a także bez poparcia ich dowodami wymaganymi przez zamawiającego i ustawę Pzp, lakoniczne i ogólne stwierdzenia odwołującego można było potraktować jedynie za gołosłowne zapewnienia, które żadną miarą nie mogły być uznane za obalające domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo pismem z dnia 19 kwietnia 2024 wytknął odwołującemu lakoniczność złożonych wyjaśnień i zażądał nie tylko ich uszczegółowienia, ale też podania kalkulacji, załączenia dowodów w szczególności w zakresie czynników, na które sam odwołujący powołał się w piśmie z dnia 4 kwietnia 2024 r. prosząc o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące m.in. zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów.

Również i to wezwanie nie zostało zakwestionowane przez odwołującego za pomocą przysługujących mu środków ochrony prawnej w terminie wynikającym z ustawy Pzp. W konsekwencji odwołujący zobowiązany był zastosować się do treści wezwania i poprzez wyjaśnienia, w szczególności w obszarze wskazanym przez zamawiającego, oraz załączone dowody obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wraz z dowodami powinny zapewnić zamawiającemu na tyle przekonujący materiał dowodowy, który dowodziłby, że wykonanie zamówienia nie zakończy się dla wykonawcy stratą.

Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dostrzegł, iż pomimo skierowania do odwołującego powtórnego wezwania, wykonawca w dalszym ciągu domniemanie tego nie obalił.

W pierwszej kolejności Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego

prawidłowo dostrzegł, że wykonawca znaczącą część swych wyjaśnień z dnia 24 kwietnia 2024 r. poświęcił na kwestionowanie przez siebie prawidłowości ustalenia przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia i na tę okoliczność postanowił składać dowody. Świadczyły o tym następujące fragmenty wyjaśnień: głównym powodem tak dużych rozbieżności pomiędzy zaproponowaną przez nas ceną, a kosztorysem inwestorskim jest znaczące przeszacowanie tego ostatniego. Właśnie na tę okoliczność zamierzamy w niniejszym piśmie przedstawić dowody. Nawet w treści samego odwołania na str. 6 w akapicie 3 odwołujący przyznał, że w wyjaśnieniach skupiał się także na wytykaniu zamawiającemu przeszacowania kosztorysu inwestorskiego. Uszło uwadze odwołującego, że taka argumentacja mogła być jego udziałem wyłącznie w sytuacji, gdyby zakwestionował czynność wezwania zamawiającego w drodze odwołania kierowanego do Prezesa Izby. Jak już wcześniej wskazano, skoro odwołujący tego nie uczynił, to powinien zastosować się do treści wezwania. Kwestionowanie wartości szacunkowej zamówienia nie jest wykazaniem prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający prawidłowo także dostrzegł, że odwołujący ewidentnie nie zastosował się do treści jego drugiego wezwania. Świadczyły o tym m.in. następujące fragmenty wyjaśnień: Biorąc pod uwagę powyższe, wydaje nam się zbędnym żądanie Zamawiającego, przedstawienia dowodów o wysokości rabatów jakie są nam udzielane od dostawców profili, okuć okiennych, szyb, stali i itp. co stanowi tajemnicę handlową. Powyższe oznaczało, że najpierw odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2024 r. sam wskazywał, że możliwość obniżenia ceny wynika m.in. z przysługujących mu rabatów. Następnie zaś, gdy zamawiający prawidłowo dostrzegł, że wyjaśnienia takie są lakoniczne, niekonkretne i nieudowodnione i poprosił o ich rozwinięcie oraz załączenie dowodów, to odwołujący świadomie postanowił zignorować wezwanie zamawiającego. Okoliczność, iż określone informacje mogły stanowić tajemnicę handlową odwołującego, nie zwalniała go od obowiązku zastosowania się do wezwania zamawiającego. Owszem, zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli zatem informacje, o które odwołujący został wezwany w jakiejś części stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa, to mógł wykazać, że faktycznie jest to jego tajemnica i następnie przekazać je zamawiającemu z odpowiednim zastrzeżeniem, aby nie były udostępniane innym podmiotom.

Nie można było się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego jakoby wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny miało charakter ogólnikowy. Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 kwietnia 2024 r. zwracał uwagę wykonawcy na konieczność złożenia szczegółowych, umotywowanych wyjaśnień, a w szczególności dotyczących m.in. zaplecza technicznego, bazy przedsiębiorstwa, wykazaniem kosztów transportu, kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów magazynowania materiałów, informacji i potwierdzeń dotyczących wzmiankowanych w wyjaśnieniach rabatów. Zamawiający z jednej strony wskazał na niedostatki wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2024 r., a następnie wyłuszczył zakres informacji i dowodów, jakich oczekuje.

W odniesieniu do dowodów wnioskowanych przez odwołującego na okoliczność prawidłowości kalkulacji

ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą takie działanie należało uznać jednak za spóźnione. Jak już wcześniej podkreślono, zgodnie z Pzp udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony współnika odwołującego - pani A. K., na okoliczność, iż oferta odwołującego została przygotowana zgodnie z wymogami stawianymi przez zamawiającego w specyfikacji, wyjaśnienia cen zakupionego surowca na produkcję okien, a także okoliczności mających wpływ na niższą cenę.

Zgodnie z art. 541 Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Jak wskazano wcześniej, przeprowadzenie ww. dowodu wnioskowanego przez odwołującego na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego przez Izbą należało uznać za spóźnione. Izba nie jest komisją przetargową, ani nie zastępuje kierownika zamawiającego. Zgodnie z art. 513 Pzp odwołanie wnosi się na czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którą w tym przypadku była ocena wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w toku postępowania. Badaniu legalności przez Izbę podlega zaś ta ocena dokonana przez zamawiającego. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie obaliły domniemania zaoferowania przez ww. wykonawcę ceny rażąco niskiej. Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podniesione w odwołaniu.

W konsekwencji chybiony okazał się także zarzut dotyczący bezzasadnego dokonania czynności wyboru oferty firmy przystępującego jako najkorzystniejszej. Wobec prawidłowości odrzucenia oferty odwołującego i niewniesienia odwołania przez innych wykonawców na czynność odrzucenia ich ofert, oferta przystępującego okazała się jedyną niepodlegającą odrzuceniu. W rezultacie oferta przystępującego została prawidłowo wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu

Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o których mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 2, 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego, odrzucenia części odwołania oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym

orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że "obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę "przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba oddaliła odwołanie.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w całości.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).