



Urząd Zamówień
Publicznych



Ministerstwo
Rozwoju i Technologii



Polityka
zakupowa państwa

Rażąco niska cena – wybrane aspekty praktyczne.

Katarzyna Krzysztofiak – Czołnik

Mateusz Paczkowski

Warszawa 2023

Spis treści

1. Wstęp.	3
2. Wyjaśnienie podstawowych pojęć.	4
2.1 Cena.....	4
2.2 Koszt.	5
2.3 Istotna część składowa ceny lub kosztu.....	6
2.4 Rażąco niska cena oraz rażąco niski koszt.	7
3. Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.	8
3.1 Kiedy zamawiający musi, a kiedy może wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny?	9
3.2 Kiedy nie należy wzywać wykonawcy do wyjaśnień pomimo zaistnienia przesłanek?	13
3.3 Jak powinno brzmieć wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu?.....	17
3.4 Ile razy można wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień?.....	19
4. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu.	21
4.1 O czym musi pamiętać wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny?	22
4.2 Ile razy wykonawca może składać wyjaśnienia?.....	24
4.3 Czego przykładowo mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy?.....	25
5. Zawartość wyjaśnień a tajemnica przedsiębiorstwa.	27
PRZYKŁADY Z KONTROLI	33
6. Ciężar dowodu.	34
PRZYKŁADY Z KONTROLI	38
7. Odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt – omówienie teoretyczne.	40
PRZYKŁADY Z KONTROLI	42
PRZYKŁADY Z ORZECZNICTWA.....	47

1. Wstęp.

Prezentujemy Państwu publikację, w której omówiono wybrane zagadnienia istotne w zakresie badania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty wykonawcy. Instytucja badania rażąco niskiej ceny została opisana w art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Regulacje prawne w tym zakresie znane były rzecz jasna również w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 r. poz. 1843), dalej: „ustawa Pzp2004”¹, stanowiąc implementację przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z dnia 28 marca 2014 r.)². Wydaje się jednak, że to temat wciąż aktualny, przysparzający trudności i wymagający bieżącej aktualizacji. O potrzebie szerszego omówienia właśnie tej instytucji świadczy choćby liczba orzeczeń wydawanych w tym zakresie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prawidłowe zbadanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny lub kosztu jest niezwykle istotne, bowiem w konsekwencji może doprowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niniejsza publikacja dedykowana będzie zatem zwróceniu uwagi na wybrane zagadnienia, które zdaniem Autorów są kluczowe przy tym procesie.

Kontrolujący oraz uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnajdą w niej wskazówki m.in. w zakresie badania przesłanek rażąco niskiej ceny lub kosztu, prawidłowej formy wezwania do wyjaśnień przez zamawiającego oraz oceny wyjaśnień wykonawcy, jak również przykłady nieprawidłowości wykrywanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedstawianej materii. Poruszone zagadnienia opracowane zostały w oparciu o przeprowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrole, wydane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinie prawne, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz dopełnione przykładami dobrych praktyk zaczerpniętych z pism informujących o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli zarówno pod rządami obowiązującej obecnie ustawy Pzp, jak i ustawy Pzp2004 oraz obowiązujących wówczas przepisów, które z uwagi na obecnie obowiązujące regulacje nie straciły swojej aktualności co do istoty zagadnienia.

¹ Por. art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 r. poz. 1843).

² Por. art. 69 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z dnia 28 marca 2014 r.).

2. Wyjaśnienie podstawowych pojęć.

Przed przejściem do szczegółowej analizy poszczególnych etapów badania oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu, warto przywołać i pokrótce zdefiniować podstawowe pojęcia, którymi posługuje się ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a więc: „cena”, „koszt”, „istotna część składowa ceny lub kosztu”, „rażąco niska cena”, „rażąco niski koszt”.

2.1 Cena.

Definiując pojęcie ceny, ustawa Pzp wprost odsyła do ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług, wskazując, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2023 r. poz. 168), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą (art. 7 pkt 1 ustawy Pzp).

W art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług podano, że:

„ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”.

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług:

„w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową”.

Mając na myśli cenę w rozumieniu ustawy Pzp chodzi o cenę całkowitą, którą zamawiający będzie obowiązany zapłacić za dane zamówienie, nie tylko na rzecz wykonawcy będącego przedsiębiorcą, ale też na rzecz innej osoby. Innymi słowy cena w ustawie Pzp to cena brutto obejmująca także podatek VAT lub podatek akcyzowy, o ile w przypadku sprzedaży danej usługi czy towaru taki podatek będzie należny.

Zarazem trzeba przy tym podkreślić, iż choć ceny jednostkowe mogą stanowić podstawę obliczenia ceny, to nie należy włączać ich w zakres pojęcia ceny w rozumieniu ustawy Pzp. Wyraźnie wskazuje na to ustawowa definicja ceny, która nie odnosi się do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług, w którym została określona cena jednostkowa.

Według art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów lub usług ceną jednostkową towaru lub usługi jest cena ustalona za jednostkę określonego towaru lub określonej usługi, których ilość lub liczba są wyrażone w jednostkach miar w rozumieniu przepisów o miarach.

Zaznaczyć należy, że cena powinna być podana w jednostkach pieniężnych (walucie). Warto przy tym wskazać, że obecnie obowiązujące przepisy nie zobowiązują wykonawców do wyrażania ceny jedynie w złotych polskich (zamawiający w dokumentach zamówienia powinien określić, w jakiej walucie oczekiwać będzie wskazania cen ofert). Należy pamiętać też, że określenie ceny w pieniądzu nie jest skorelowane z obowiązkiem wypłacenia wynagrodzenia w tej postaci (może bowiem przybrać postać rzeczową).

2.2 Koszt.

Pojęcie kosztu nie posiada dedykowanej sobie definicji w słowniczku ustawowym, natomiast jest o nim mowa w art. 245 ustawy Pzp, odnoszącym się do kryterium kosztu. Kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia (art. 245 ust. 1 ustawy Pzp).

Według definicji zawartej w art. 7 pkt 2 ustawy Pzp, przez cykl życia należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie.

Przepisy ustawy Pzp wskazują, że rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych (art. 245 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 245 ust. 3 ustawy Pzp, do kosztów cyklu życia należą w szczególności koszty, które będą ponoszone przez zamawiającego (odpowiednio przez użytkowników, na rzecz których zamawiający udziela zamówienia) związane z:

- nabyciem, w tym z początkową ceną nabycia tego produktu, dostawą i instalacją,
- użytkowaniem i utrzymaniem obejmującym m.in. zużycie energii i innych zasobów (np. gaz, energia cieplna, woda, odprowadzanie ścieków, wymiana części, nabywanie odczynników, kosztami opłat licencyjnych, przeglądów okresowych, kosztami wynikającymi z eksploatacji

np. budynku umożliwiającymi utrzymanie budynku w należyтым stanie technicznym i estetycznym, itp.),

- wycofaniem z eksploatacji, w tym z kosztami rozbiórki i recyklingu.

Ponadto rachunek kosztów cyklu życia może obejmować koszty przypisane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi w okresie ich cyklu życia, np. koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu.

Powyższe sugeruje zatem, że nie zawsze wszystkie koszty muszą być uwzględnione w rachunku kosztów cyklu życia. Mogą być to koszty związane z wcześniejszymi fazami cyklu życia zamówienia niż samo nabycie, takie jak koszty związane z fazą badania, rozwoju, projektowania przemysłowego, testowania albo produkcji. Zazwyczaj jednak kosztami cyklu życia objęte będą koszty ponoszone od momentu nabycia do zakończenia eksploatacji przedmiotu zamówienia. Na to, jakie koszty należy uwzględnić, ma wpływ przedmiot zamówienia i przewidywane ponoszenie przez zamawiającego (użytkowników) kosztów związanych z poszczególnymi fazami cyklu życia.

2.3 Istotna część składowa ceny lub kosztu.

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Wobec braku ustawowej definicji „istotnej części składowej ceny lub kosztu”, należy przyjąć, iż chodzi tu o część, która w stopniu znacznym, większym niż w przypadku pozostałych składników, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Jako przykład istotnej części składowej ceny lub kosztu można podać koszty pracy. Jak wskazuje się w orzecznictwie, pojęcie „istotności” części składowej ceny lub kosztu „należy interpretować również poprzez odniesienie się do „istotności” części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona³. Innymi słowy chodzi więc o takie części, które nie tylko swoją wartością, ale również zakresem, będą znacząco wpływały na wykonanie zamówienia publicznego.

³ Tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2678/18, Legalis nr 1951269.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt: KIO 820/21⁴:

„Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości”.

2.4 Rażąco niska cena oraz rażąco niski koszt.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Odwołując się zatem do wykładni językowej pojęcia „rażący” należy wskazać, że chodzi tu o przypadki oczywiste, wyraźne, bezsporne, niewątpliwe, „rzucające się w oczy” zaniżenia ceny lub kosztu⁵.

Jak pojęcie rażąco niskiej ceny definiuje się przykładowo w orzecznictwie?

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 209/18⁶:

„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. (...), wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 451/21⁷:

„Cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej”.

Rażąco niska cena to zatem cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych, za jaką należyte zrealizowanie zamówienia publicznego jest niemożliwe. Taka okoliczność może sugerować,

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt: KIO 820/21, Legalis nr 2606011.

⁵ B. Dunaj [red.], Słownik współczesnego języka polskiego, Warszawa 1996, s. 933.

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 209/18, Legalis nr 212980.

⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 451/21, Legalis nr 2648622.

że dany wykonawca zamierza działać na granicy opłacalności, gdyż oferowana cena może być niższa od kosztów należytego wykonania zamówienia. Cena rażąco niska co do zasady nie pozwoli zatem na pokrycie średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, a więc doprowadzi do pogorszenia wyniku finansowego przedsiębiorstwa⁸. Należy przy tym wskazać, jak podkreśla się w orzecznictwie, że kwestia możliwości uzyskania zysku nie ma znaczenia dla uznania ceny za rażąco niską. Wynika to z tego, że wykonawca starający się wejść na dany rynek oferuje zwykle cenę niższą niż wykonawcy już na tym rynku obecni w szczególności w zakresie kwoty zysku. Zaoferowanie ceny niskiej nie może być utożsamiane z pojęciem ceny rażąco niskiej⁹.

Podobnie, ustawa Pzp nie definiuje również, czym jest rażąco niski koszt. Mając jednak na względzie uwagi poczynione w stosunku do pojęcia rażąco niskiej ceny, mianem rażąco niskiego kosztu należałoby określić koszt nierealny, niepokrywający kosztów generowanych przy realizacji i eksploatacji przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

Powyższe próby zdefiniowania pojęć rażąco niskiej ceny oraz rażąco niskiego kosztu o charakterze teoretycznym miały na celu wprowadzenie do tematu. W dalszej części niniejszej publikacji na przykładzie zaprezentowanych stanów faktycznych, na bazie których przeprowadzane były przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrole, bądź też wydawane były orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, przybliżona zostanie istota rażąco niskiej ceny oraz kosztu z praktycznego punktu widzenia.

3. Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Procedura analizy zamawiającego pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty lub kosztu realizacji zamówienia przez wykonawcę stanowi instrument zabezpieczający zamawiającego przed ewentualnymi nieprawidłowościami w trakcie wykonywania zamówienia. Rzetelne zbadanie kosztów uwzględnionych w wycenach poszczególnych wykonawców, poparte obiektywnymi dowodami, potwierdzającymi okoliczności, na jakie powołują się wykonawcy, ogranicza ryzyko odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu nieprawidłowego wykonania zamówienia i jednocześnie gwarantuje, że zamówienie będzie wykonane w standardach zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego¹⁰.

⁸ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 488/22, Legalis nr 2727735.

⁹ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2315/19, Legalis nr 2280836.

¹⁰ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2022 r. KIO 1863/22, Legalis nr 2883637

Poniżej podkreślone zostanie, w jakich okolicznościach wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny będzie konieczne, kiedy zaś zbędne, a także czym powinien kierować się zamawiający przy konstruowaniu jego treści, jakich błędów powinien się wystrzegać oraz ile razy może wezwać do wyjaśnień tego samego wykonawcę.

3.1 Kiedy zamawiający musi, a kiedy może wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny?

Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w określonych sytuacjach. Warto jednak wskazać, kiedy zamawiający musi, a kiedy tylko może wszcząć procedurę wyjaśniającą oraz czy zależy to od jego własnej oceny, czy od czynników obiektywnych.

a) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Jako pierwszą należy wymienić przesłankę, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przesłankę subiektywną. W art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że:

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

W myśl tego przepisu, aby zaistniał obowiązek wezwania do wyjaśnień wystarczy więc już samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny względem wartości przedmiotu zamówienia (czyli jego wartości powiększonej o właściwą stawkę podatku VAT) lub wątpliwości zamawiającego co do należytej (zgodnej z wymaganiami) realizacji zamówienia. Oczywiście obie okoliczności mogą również zaistnieć równocześnie. Takie brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zatem na pewną swobodę zamawiającego w ocenie okoliczności. Ustawodawca nie określił w tym przepisie precyzyjnych wytycznych uzasadniających konieczność zastosowania procedury. Obowiązek żądania wyjaśnień materializuje się dopiero, gdy sam zamawiający poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny.

Jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający rozważając, czy należy wezwać wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny?

Jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie¹¹: „punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, winno być przede wszystkim:

- 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.”

Jak z kolei wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza¹²: „*Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.*”

W pierwszej kolejności zamawiający powinien zatem dokonać wstępnej oceny, czy w jego opinii wycena złożonej w postępowaniu oferty mogłaby być uznana za rażąco niską. Przy czym nie chodzi tu o wnikliwą analizę zamawiającego, opartą na badaniu poszczególnych elementów oferty. Wystarczy jedynie powzięcie wątpliwości co do takiego stanu rzeczy. Dopiero, gdy zamawiający poweźmie takie podejrzenie, zobowiązany jest wezwać wykonawcę do wyjaśnień.

Pamiętaj, że:

Obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny implikuje się w momencie podejrzenia, że oferowana cena oferty wydaje się rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia lub w przypadku powzięcia wątpliwości co do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Sama okoliczność złożenia oferty z ceną lub kosztem niższymi aniżeli szacowana wartość zamówienia nie rodzi automatycznie konieczności wszczęcia procedury wyjaśniającej. Nie wystarczy bowiem jedynie wykazać, że ceny powinny wydawać się zamawiającemu niższe, lecz rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia¹³.

¹¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 9 kwietnia 2014 r., Legalis nr 2128793.

¹² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2018 r. (sygn. akt: KIO 769/18), Legalis nr 1821384.

¹³ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: 1125/19, Legalis nr 2688209.

Aby dokonać oceny podejmowanych przez zamawiającego decyzji pod kątem prawidłowego zastosowania przesłanki z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp warto wejść w rolę konkretnego zamawiającego i poddać analizie konkretny stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (kosztu) w głównej mierze zależy od subiektywnych przekonań samego zamawiającego, popartych różnymi czynnikami jak doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu¹⁴.

b) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

Niezależnie od przesłanki zawartej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wprowadził również przesłanki o charakterze obiektywnym. Chodzi o zawarte w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp generalne zasady, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne w ściśle określonych przypadkach.

W art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp umieszczono tzw. przesłankę kwotową:

„W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Przesłanka kwotowa wymienia zatem dwie alternatywne sytuacje, kiedy zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zastosowanie w przepisie alternatywy łącznej *lub* wskazuje wyraźnie, że wystarczy wystąpienie jednej z dwóch sytuacji, aby omawiany obowiązek powstał. Oznacza to zatem, że w każdej sytuacji, gdy z obliczeń wynika, że wartość ceny oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, lub
- 2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10,

zamawiający będzie musiał wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych. Wypełnienie przesłanek (przekroczenie mierników o 30%) nie oznacza zatem automatycznego i bezwzględnego obowiązku wszczęcia procedury, gdyż w każdym przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona rozbieżność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia, czy też wynika z okoliczności oczywistych.

¹⁴ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1543/22, Legalis nr 2715658.

Jakie okoliczności można uznać za oczywiste i kiedy zamawiający nie powinien wzywać do wyjaśnień pomimo wypełnienia przesłanek zostanie przedstawione w dalszej kolejności.

Pierwsza sytuacja, w razie zaistnienia której zamawiający musi wszcząć procedurę w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, sprowadza się do porównania ceny ofertowej z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT. Przesłanka odnosi się w tym miejscu do wewnętrznych ustaleń samego zamawiającego. Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający musi bowiem ustalić szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (bez podatku od towarów i usług) z zachowaniem należytej staranności. Dla celów badania pod kątem rażąco niskiej ceny wystarczy, aby do ustalonej wartości zamówienia doliczyć należny podatek VAT, a następnie skalkulować, czy cena danej oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od tego miernika.

Druga sytuacja dotyczy z kolei zestawienia ceny danej oferty z zewnętrzną wyceną przedmiotu zamówienia przez daną branżę w postaci średniej ceny złożonych ofert w konkretnym postępowaniu. Należy jednakże podkreślić, iż przy ustaleniu tego miernika, zamawiający nie będzie brał pod uwagę ofert odrzuconych z powodu złożenia ich po terminie składania ofert (art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz zawierających błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Należy też zauważyć, że choć obowiązek wezwania do wyjaśnień zmaterializuje się dopiero wówczas, gdy cena oferty będzie niższa o co najmniej 30% od wymienionych mierników, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby w danych okolicznościach faktycznych związanych w szczególności z charakterem przedmiotu zamówienia, zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp również, gdy cena oferty była niższa przykładowo o 25% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej¹⁵: „*nawet cena, która nie jest niższa od ww. wskaźnika 30%, może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tejże ceny*”. Nieprzekroczenie progu 30% przez cenę oferty w stosunku do wskazanych mierników nie zwalnia więc zamawiającego z czujności i analizy wyceny oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny.

¹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3703/22, Legalis nr 2702353.

Pamiętaj, że:

Do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie wlicza się ofert złożonych po terminie składania ofert oraz ofert, które zawierają błąd w obliczeniu ceny. Na podstawie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp2004 miernik ten był obliczany w odniesieniu do wszystkich złożonych ofert.

c) art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Ostatnią z omawianych przesłanek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wyróżnia względem pozostałych to, że jej zaistnienie nie rodzi obowiązku czynności wezwania, a stanowi uprawnienie zamawiającego. W art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazano bowiem, że:

„W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, 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”.

Zamawiający może więc wezwać wykonawcę do wyjaśnień wtedy, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Przepis ma zastosowanie w przypadkach, gdy już po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający stwierdzi, że wystąpiły okoliczności, które doprowadziły do aktualizacji wartości zamówienia. Okolicznością taką może być istotna zmiana cen rynkowych. Ze względu jednak na użycie sformułowania *w szczególności*, jako potencjalne przyczyny ustawodawca dopuścił także inne, niewymienione okoliczności. Warto też dodać, mając na uwadze zasadę przejrzystości, że fakt odnotowania i powody aktualizacji wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT zamawiający powinien zamieścić w protokole postępowania, dzięki czemu wykonawcy będą mieli obiektywne możliwości analizy wezwania do złożenia wyjaśnień.

3.2 Kiedy nie należy wzywać wykonawcy do wyjaśnień pomimo zaistnienia przesłanek?

Jak zostało to wprost wyrażone przez ustawodawcę, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien wszczynać procedury wyjaśniającej, jeżeli „na pierwszy rzut oka”, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji dostrzeże zdarzenia i fakty, które natychmiastowo uzna za przyczyny rozbieżności

bez potrzeby potwierdzenia tego faktu przez wykonawcę¹⁶. Innymi słowy, stwierdzenie, że rozbieżności są rezultatem oczywistych okoliczności powinno spowodować przekonanie, że w zaoferowanej cenie przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w sposób zgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający, nabierając podejrzeń co do rażąco niskiej ceny z uwagi na przekroczenie o minimum 30% mierników, zawsze powinien mieć na względzie, czy rozbieżności w cenach nie wynikają z okoliczności oczywistych. Należy jednak pamiętać, aby zaistniałych w postępowaniu faktów i zdarzeń nie interpretować rozszerzająco, gdyż ogólną zasadą wynikającą z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek wezwania w celu wyjaśnienia rozbieżności w cenie.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. sygn. akt: KIO 747/19¹⁷:

„brak jest po stronie zamawiającego automatycznego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdy zostanie spełniony jeden z mierników (...). Zatem ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty winna być dokonywana ad casum, bowiem w okolicznościach danej sprawy zamawiający może nie skorzystać z wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o ile rozbieżność między ceną oferty a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Jednym z przykładów jest sytuacja, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 63/19¹⁸:

„Jeśli Zamawiający nie ma wątpliwości, że ceny obu wykonawców są prawidłowe i realne, a wzywa tylko z powodu swojej wyceny szacunkowej wartości zamówienia, która w jego ocenie jest zawyżona, to albo nie powinien wzywać wykonawców w ogóle (...), albo powinien to zrobić poprawnie, tj. wskazując elementy, które należy wyjaśnić i udowodnić”.

Jednakże należy mieć na uwadze, że w tym przypadku oczywistość okoliczności musi zostać stwierdzona przez zamawiającego na etapie oceny ofert. Gdyby zaś na tym etapie zamawiający nie był świadomy

¹⁶ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 983/22, Legalis nr 2716134.

¹⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. KIO 747/19, Legalis nr 1971288.

¹⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 63/19 Legalis nr 1947836.

przeszacowania wartości zamówienia i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to w razie ewentualnego braku wykazania przez wykonawcę, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, zamawiający broniąc wybranej oferty nie będzie mógł skutecznie powołać się na przeszacowanie podczas postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 131/18¹⁹:

„fakt przeszacowania wartości zamówienia (...) może stanowić okoliczność zwalniającą zamawiającego z obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, co oznacza, że z możliwości tej zamawiający może skorzystać wyłącznie na etapie oceny ofert; nie może natomiast powoływać się na nią dopiero w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Jednocześnie należy pamiętać, iż rezygnacja z wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia różnicy między ceną oferty a oszacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia ma charakter wyjątkowy i nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Oznacza to, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny. Obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. na zamawiającym²⁰.

Jako inną oczywistą okoliczność można wymienić sytuację, w której w postępowaniu oferty złożyło jedynie dwóch wykonawców, zaś ceny ofert różniły się na tyle, że oferta z niższą ceną, zbliżoną do szacunków zamawiającego (powiększonych o VAT), była znacząco niższa, tj. niższa o dużo więcej niż 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp). Wynikało to z faktu, iż drugi wykonawca zawyżył swoją cenę w sposób znaczny, co wpłynęło w ostateczności na wysoką średnią arytmetyczną ofert. W takim przypadku jasno widać, że rozbieżność wynika z oczywistych okoliczności spowodowanych zawyżeniem swojej wyceny przez jednego z oferentów.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2499/18²¹:

„w postępowaniu mamy do czynienia z trzema kwotami i dwie z nich: wartość szacunkowa powiększona o VAT oraz cena oferty wykonawcy E. oscylują wokół 6 mln zł, natomiast tylko jedna kwota, tj. cena

¹⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 131/18, Legalis nr 1776151.

²⁰ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2021 r. sygn. akt: KIO 2686/21 Legalis nr 2676499.

²¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2499/18, Legalis nr 1892654.

oferty odwołującego oscyluje wokół kwoty ok. 14 mln zł. Gdyby w postępowaniu złożono więcej ofert z ceną zbliżoną do ceny odwołującego, można byłoby przyjąć, że to wartość zamówienia jest niedoszacowana i cena oferty wykonawcy E. jest zaniżona. Jednak mamy do czynienia z sytuacją, w której tylko cena oferty odwołującego oscyluje wokół 14 mln zł, pozostałe wartości w postępowaniu są natomiast zbliżone do kwoty ok. 6 mln zł. Powyższe świadczy o tym, że cena oferty odwołującego jest zawyżona. Ta zawyżona cena skutkowałą wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert, co spowodowało, że oferta wykonawcy E., mimo że zbliżona do szacunku zamawiającego, okazała się być niższa od średniej arytmetycznej ofert. Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy E., a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty odwołującego została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy E. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy E. jest ceną rażąco niską”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1570/22²²:

„w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały dwie oferty: jedna z ceną na poziomie 756.478,95 zł (oferta złożona przez Wykonawcę A.), druga z ceną na poziomie 2.837.700,00 zł (oferta złożona przez Odwołującego). Szacunkowa wartość ustalona przez Zamawiającego wynosi 638.290,00 zł, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła 785.096,70 zł brutto (co stanowiło szacunkową wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT). Powyższe okoliczności prowadzą do ustaleń, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę A. stanowi 96,35% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 1.797.089,48 zł, zatem cena oferty złożonej przez A. stanowi ok. 42% średniej arytmetycznej złożonych ofert, jest więc od niej o ok. 58% niższa. (...) Zamawiający słusznie podniósł, iż wysokość średniej arytmetycznej jest wynikiem znaczącego jej zawyżenia przez bardzo wysoką cenę oferty złożonej przez Odwołującego. Dodatkowo należy wskazać, że fakt złożenia tylko dwóch ofert w postępowaniu spotęgował efekt zawyżenia średniej arytmetycznej złożonych ofert. Cena zaoferowana przez Odwołującego stanowiła ponad 3,5-krotność ceny oferty złożonej przez Wykonawcę A. oraz kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (odpowiednio 3,75-krotność oraz 3,61-krotność). (...) Tym samym (...) Zamawiający słusznie uznał, że rozbieżność, która wystąpiła pomiędzy średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, a ceną oferty złożonej przez Wykonawcę A. wynika

²² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1570/22, Legalis nr 2846400.

z oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnienia – tj. ze znaczącego zawyżenia ceny oferty złożonej przez Odwołującego. Zatem zaistniała przesłanka do odstąpienia od obowiązku wzywania Wykonawcy A. do udzielenia wyjaśnień”.

Pamiętaj, że:

Odstąpienie od żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ma charakter wyjątkowy i musi wynikać z oczywistych okoliczności, które zamawiający może stwierdzić bez konieczności wnikliwej analizy.

3.3 Jak powinno brzmieć wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu?

Znając już okoliczności, kiedy zachodzi konieczność uruchomienia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny (kosztu lub ich istotnych części składowych), należy przejść do tego, co zamawiający powinien zawrzeć w treści wezwania kierowanego do wykonawcy.

Stwierdzić po pierwsze trzeba, iż przepisy ustawy Pzp nie wskazują wprost, jak powinno brzmieć wezwanie oraz jakie elementy powinny być w nim zawarte. Niemniej jednak zamawiający musi kierować się przy tej czynności pewnymi zasadami, o których mowa poniżej.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 58/22²³:

„Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych nie określają ani treści samego wezwania, które należy skierować do wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jaki powinien być zakres czy też treść udzielonych wyjaśnień”.

W istocie wezwanie zamawiającego ma być jednak realnym odzwierciedleniem uprzednio powziętych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, kosztu lub też istotnej części składowej ceny lub kosztu. Chodzi więc o to, aby zamawiający zaprezentował swoje podejrzenia w jak najbardziej precyzyjny sposób. Wykonawca musi bowiem wiedzieć, w jakim zakresie swojej wyceny wątpliwości powziął zamawiający i z jakiego powodu. Za niepożądaną należy uznać sytuację, w której wykonawca byłby zmuszony domyślać się, do których elementów oferty powinien się odnieść.

²³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 58/22, Legalis nr 2707249.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 657/20²⁴:

„Przed skierowaniem do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zamawiający musi wiedzieć w jakim zakresie cena oferty wykonawcy wywołuje u niego podejrzenie, że jest nierealistyczna, z jakiego powodu istnieją po jego stronie obawy, co do tego czy za tę cenę nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia i wskazać czego dotyczą jego wątpliwości oraz określić swoje oczekiwania co do zakresu wyjaśnień. Wezwanie do złożenia wyjaśnień ma bowiem zapobiegać arbitralnym decyzjom zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na jednostronne uznanie, że zawiera rażąco niską cenę, a nie być przejawem nakładania na wykonawcę zbędnych obowiązków”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 989/22²⁵:

„z treści wezwania (...) nie wynika, by wezwanie dotyczyło kalkulacji ceny w kontekście wątpliwości co do jej rażącego charakteru. Zamawiający wskazał jedynie, że wezwanie kieruje „(...) w zakresie kalkulacji oferowanej ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia” oraz w innym miejscu wezwania „(...) zachodzi wątpliwość, w jaki sposób wyliczono w niej cenę”. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania”.

Jednocześnie na zamawiającym spoczywa również obowiązek rzetelnej analizy wszystkich składników, które mogą być rażąco niskie.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1863/22²⁶:

„zamawiający nie może ograniczać się do formalnego wezwania wykonawcy w celu uczynienia zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem zamawiającego jest upewnienie się, że wykonawca uwzględnił wszystkie koszty, mając na uwadze zakres obowiązków wynikających z postanowień SWZ, zaś koszty związane z wykonaniem poszczególnych usług mają charakter rynkowy”.

²⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 657/20, Legalis nr 2417257.

²⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r. . sygn. akt: KIO 989/22, Legalis nr 2716132.

²⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1863/22, Legalis nr 2883637.

Nie należy też zapominać, iż koniecznym elementem wezwania jest określenie terminu na udzielenie odpowiedzi przez wykonawcę.

Należy również mieć na uwadze, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Art. 224 ust. 4 ustawy Pzp:

„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”.

Zamawiający zobowiązany jest zawsze, w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane lub usługi, do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych czynników cenotwórczych. Naturalnie, poza obowiązkowymi elementami wezwania, zamawiający może żądać wyjaśnień także odnośnie pozostałych czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jak również w innym, niewymienionym w ustawie Pzp zakresie. Szersze omówienie katalogu cenotwórczego z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp nastąpi w części dedykowanej wyjaśnieniom wykonawcy.

Pamiętaj, że:

- wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu musi być konkretne, aby wykonawca wiedział, do których elementów wyceny oferty wątpliwości powziął zamawiający;
- zamawiający może w swoim żądaniu poddać pod wątpliwość dowolny czynnik cenotwórczy;
- wezwanie musi wskazywać na termin, w jakim zamawiający oczekuje odpowiedzi.

3.4 Ile razy można wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień?

Warto również zastanowić się, ile razy zamawiający może zwrócić się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu. W ustawie Pzp nie znajdziemy w tej kwestii jasnych

wytucznych odnośnie liczby dopuszczalnych wezwań do wyjaśnień. Niemniej jednak, wobec braku ustawowych regulacji w przedmiocie dopuszczalnej liczby wezwań, warto zwrócić uwagę na wskazówki interpretacyjne dla zamawiających wywodzące się z orzecznictwa.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 293/21²⁷:

„ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r. . sygn. akt: KIO 125/22²⁸:

„zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprowadził w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16²⁹:

„Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu”.

²⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 293/21, Legalis nr 2561015, w którym Izba podzieliła i przyjęła za własne stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2020 r. sygn. akt: II Ca 915/20, Legalis nr 2651337.

²⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r. . sygn. akt: KIO 125/22, Legalis nr 2710676.

²⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16, Legalis nr 1482313.

Pamiętaj, że:

Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają zamawiającemu, aby kilkakrotnie skierował wezwanie do wykonawcy, jeżeli zajdzie taka potrzeba³⁰. Ponowne wezwanie w stosunku do tego samego wykonawcy musi jednakże mieć obiektywną przyczynę. Za modelowy przykład obiektywnej przyczyny można podać sytuację, gdy uprzednio złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego wymagają doprecyzowania pewnych kwestii bądź ich rozwinięcia. Niejednokrotnie zdarza się bowiem, iż zamawiający nie jest w stanie w oparciu o dotychczasowy stan faktyczny wystarczająco szczegółowo sformułować treść pierwotnego wezwania. Dopiero w kontekście udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień w przekonaniu zamawiającego mogą narodzić się dalsze wątpliwości, wymagające uszczegółowienia. Należy jednak podkreślić, że niedopuszczalnym jest ponowne wezwanie wykonawcy, który w reakcji na pierwotne żądanie udzielił lakonicznych, niekompletnych, czy też nieodnoszących się do pytań zamawiającego wyjaśnień. Aby zatem zamawiający mógł kierować dalsze zapytania w celu rozwiązania swoich wątpliwości co do rażąco niskich elementów wyceny oferty, koniecznym jest udzielenie rzetelnych odpowiedzi przez wykonawcę na pierwsze wezwanie. W odmiennym przypadku, gdyby zamawiający zignorował brak inicjatywy po stronie wykonawcy i w dalszym ciągu kierował wezwania, naruszona zostałaby zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

4. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Kolejnym etapem badania rażąco niskiej ceny jest etap wyjaśnień, w którym to inicjatywa przechodzi na wykonawcę. Należy wskazać, że w przypadku skierowania przez zamawiającego wezwania, wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, gdyż to na wykonawcy właśnie spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu (szerzej na temat w analizie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w dalszej części publikacji). Przy czym, jak podkreśla się w orzecznictwie, nawet jeżeli żądanie zamawiającego zostało wystosowane przy braku ustawowych przesłanek, wykonawca zobowiązany jest do odpowiedzi. Powyższe prowadzi do wniosku, że aby uniknąć odrzucenia oferty, wykonawca w każdym przypadku musi odnieść się do wezwania zamawiającego, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, gdyż zamawiający omyłkowo lub niepotrzebnie wszczął procedurę wyjaśniającą. To bowiem wyjaśnienia wykonawcy stanowią podstawę do oceny przez zamawiającego, czy cena oferty jest rażąco niska, czy też nie.

³⁰ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2019 r. sygn. akt: KIO 728/19, Legalis nr 1973306.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 209/21³¹:

„niezależnie od stwierdzenia, czy przekonanie Zamawiającego o nieprawidłowym obliczeniu ceny (...) jest uzasadnione, czy też nie, zobowiązany jest on zastosować procedurę wyjaśnień (...), dokonać oceny złożonych wyjaśnień (...) i dopiero na tej podstawie podjąć decyzję o odrzuceniu lub nieodrzuceniu oferty Odwołującego. Zaniechanie tej procedury jest istotnym błędem proceduralnym, który nie może zostać zaakceptowany”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 144/22³²:

„nie ma znaczenia, że nie zachodziła obligatoryjna konieczność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tj. że nie zmaterializowały się przesłanki z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Sam fakt podjęcia takich czynności przez Zamawiającego zobowiązuje wykonawców do udzielenia wyjaśnień pod rygorem wskazanych w ustawie konsekwencji w postaci odrzucenia oferty”.

4.1 O czym musi pamiętać wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny?

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, w pierwszej kolejności istotnym jest, aby wpłynęły one w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wynikającym z treści wezwania. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej³³: *„złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę”.*

Rzecz jasna sam fakt udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie jest wystarczający dla ewentualnego uniknięcia odrzucenia oferty. Koniecznym jest bowiem, aby wykonawca pamiętał o dołożeniu należytej staranności przy ich konstruowaniu, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii poddanych pod wątpliwość przez zamawiającego. Chodzi tu przede wszystkim o przedstawienie konkretnych informacji, pozwalających później zamawiającemu na realną weryfikację wyceny. Dla wypełnienia obowiązku przez wykonawcę nie wystarczy zatem, aby ograniczył się on wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, że w zaferowanej cenie wykona zamówienie.

³¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 209/21, Legalis nr 2561733.

³² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 144/22, Legalis nr 2710995.

³³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 282/18, Legalis nr 1793829.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 421/22³⁴:

„Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy”.

Oprócz przedstawienia samej treści wyjaśnień, wykonawca zobowiązany jest do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, co niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 144/22³⁵:

„podkreślenia wymaga, że same wyjaśnienia nie są wystarczające ustawodawca przesądził bowiem, że muszą być one poparte dowodami zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze”.

Równocześnie w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego jest ogólne i nie odnosi się do konkretnych elementów wyceny oferty, wykonawca powinien odnieść się w sposób rzetelny do podstawowych kwestii kształtujących cenę. Podkreślenia wymaga jednakże, że wobec braku precyzyjnego wezwania nie można wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy, który nie odniósł się w argumentacji do czynników cenotwórczych, o które nie pytał zamawiający. W razie dalszych wątpliwości zamawiający ma szansę na ponowne żądanie wyjaśnień ze szczegółowym wskazaniem dyskusyjnych elementów.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 63/19³⁶:

„wykonawca nie jest w stanie wyjaśnić i udowodnić nieokreślonego „wszystkiego”, lecz zakres jego wyjaśnień powinien być nakierowany na konkretne okoliczności wezwaniem zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca otrzyma ogólne wezwanie, nie odnoszące się do konkretnych elementów wyceny budzących wątpliwości zamawiającego, jego wezwanie będzie dotyczyć kwestii, które sam uzna za istotne czy możliwe do wyjaśnienia. (...) wobec braku odniesienia się Zamawiającego do wyceny poszczególnych pozycji „Zestawienia kosztów zadania”, trudno czynić wykonawcy zarzut z tego, że nie odniósł się do jakichś innych konkretnych pozycji czy ich elementów. A spoza podanych w wezwaniu elementów jedynie koszty pracy i sprzyjające warunki wykonywania zamówienia były adekwatne do stanu faktycznego. Poza tym, jeśli Zamawiający stwierdziłby, że dane elementy wymagają

³⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 421/22, Legalis nr 2728296.

³⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 144/22, Legalis nr 2710995.

³⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 25 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 63/19, Legalis nr 1947836.

doprecyzowania, powinien wykonawcę wezwać, wskazując te elementy i wątpliwości, jakie u niego budzą”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 641/23³⁷:

„W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 65/23³⁸:

„nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany”.

Należy jednak zastrzec, że ze względów przezorności, wykonawca powinien dokonać wszelkich starań, aby już pierwotne wyjaśnienia przestały budzić podejrzenia zamawiającego. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie jest bowiem ograniczony treścią wezwania i może poza wskazanymi przez zamawiającego kwestiami rozszerzyć swoją argumentację.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 359/22³⁹:

„Wykonawca może wszelkimi dowodami, a nie tylko tymi, o złożenie których wzywał zamawiający, ale i także dowodami wskazanymi przez siebie, wykazać możliwość realnego i rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę”.

4.2 Ile razy wykonawca może składać wyjaśnienia?

Co do zasady wykonawca ma wyłącznie jedną szansę na przedstawienie swojej argumentacji w celu rozwiania wątpliwości zamawiającego co do zaferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu. Niemniej jednak, co zostało już przedstawione przy omówieniu dopuszczalnej liczby wezwań zamawiającego, wielokrotne przedstawianie wyjaśnień przez wykonawcę jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było niekonkretne, niepełne, a kolejne wezwania zamawiającego odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo wyartykułowano jest w sposób niejasny. W pozostałych przypadkach, to znaczy gdy pierwotne

³⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 641/23, Legalis nr 2922820.

³⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 65/23, Legalis nr 2887689.

³⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 359/22, Legalis nr 2714942.

wezwanie zamawiającego jest precyzyjne, natomiast wyjaśnienia wykonawcy są nieprzekonujące, lakoniczne, czy też niepoparte dowodami, ponawianie zapytania do wykonawcy należy uznać za niedopuszczalne.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 451/16⁴⁰:

„Tylko wtedy, gdy wezwanie zamawiającego jest obarczone brakiem precyzji i/lub niepełne, dopuszczalne jest przedstawianie kolejnych wyjaśnień przez oferenta. Te kolejne wyjaśnienia bowiem albo odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie były wyartykułowane w pierwszym wezwaniu albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy, jednym słowem były to wątpliwości „uniemożliwiające” oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3216/21⁴¹:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalista, zobowiązany jest udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

4.3 Czego przykładowo mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy?

Jak wskazano w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp:

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

- 1) zarządzenia 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;*

⁴⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 451/16, Legalis nr 2288661.

⁴¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3216/21, Legalis nr 2704903.

- 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”.*

Ustawodawca w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził przykładowy, otwarty katalog czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć mogą wyjaśnienia wykonawcy. Ustawa Pzp nie ogranicza więc wykonawcy do argumentacji w oparciu o inne, niewymienione w przepisie okoliczności.

Należy też mieć na względzie treść art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, który podobnie jak art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jest pewną wytyczną dla obu stron postępowania. Należy zatem uznać, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi tak samo, jak zamawiający zobowiązany jest do żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, tak samo wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Warto zauważyć, że taki nakaz dla wykonawcy nie został wprost wyrażony w przepisie. Wynika on jednak z tego, iż ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na wykonawcy, a sankcję za niewykazanie stanowi odrzucenie oferty. W sytuacji więc, gdy zapytanie zamawiającego dotyczyć będzie czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, aby uniknąć odrzucenia swojej oferty, wykonawca będzie musiał udzielić wyjaśnień przynajmniej w tym zakresie.

Pamiętaj, że:

- wykonawca zawsze powinien odnieść się do wezwania zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny;
- złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego, jak również poparte dowodami.

5. Zawartość wyjaśnień a tajemnica przedsiębiorstwa.

Omawiając formę oraz charakter wyjaśnień składanych przez wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny należy również odnieść się do kwestii prawidłowości ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest co do zasady jawne, przy czym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴², jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp). Istotnym jest również wskazanie, że przepisy ustawy Pzp nie wykluczają możliwości zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności⁴³.

W celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednoczesne wykazanie przez wykonawcę wystąpienia następujących przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jak powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz, 59. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości

⁴² Dz.U. z 2022 r. poz. 1233.

⁴³ Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt: I KKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe” (M. Uliasz, Przepięstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy nr 22/2001). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie⁴⁴.

Powyższe przesłanki muszą wystąpić łącznie. Oznacza to, że wykonawca może skutecznie zastrzec informacje, o ile rzeczywiście stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi więc wykazać, że względem zastrzeżonych przez niego informacji spełnione zostały łącznie wyżej wymienione przesłanki. Rolą zamawiającego jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, jeżeli tego nie zrobi mogą one zostać przez Zamawiającego odtajnione. Należy przy tym wyraźnie podkreślić istotność „wykazania” wystąpienia danej okoliczności. Zwraca na to uwagę w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza⁴⁵:

„(...) zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym,

⁴⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt: 539/20, Legalis nr 2396890.

⁴⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2358/20, Legalis nr 2519574.

aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk”.

Należy również podkreślić, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie jakie konkretnie informacje, w jaki sposób, w przypadku ich ujawnienia, mogą wpłynąć negatywnie na pozycję wykonawcy na rynku i powodować bliżej zdefiniowane i określone negatywne skutki⁴⁶.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2158/22⁴⁷:

„Odnosząc się do prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę S. informacji zawartych w formularzach cenowych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko na marginesie Izba pragnie podkreślić, że tak uczynione zastrzeżenie nie ma wiążącego charakteru. Po pierwsze zastrzeżenie w ofercie ograniczyło się do jednego zdania zamieszczonego pod formularzem cenowym, że zawarte w dokumencie informacje Wykonawca traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Takiemu zastrzeżeniu brakuje podstawowego elementu, jakim jest uzasadnienie zastrzeżenia informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Bezspornie zatem Wykonawca, by możliwe było uznanie pewnego zasobu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi wykazać, że pewne elementy spełniają przesłanki wynikające z odrębnych przepisów. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (...). W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zachodzi nawet konieczność omówienia, czy poszczególne przesłanki zostały przez S. wykazane, ponieważ oferta tego Wykonawcy nie zawiera żadnego uzasadnienia dla czynności zastrzeżenia. Już tylko z tego powodu zarzut Odwołującego zasługiwałby na uwzględnienie. Obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji byłoby, bez względu na stanowisko S., traktowanie zastrzeżenia jako niebyłego.

Dostrzeżenia również wymaga, że zgodnie z art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Jeżeli więc

⁴⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO/KU 24/21.

⁴⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2158/22, Legalis nr 2893886.

zastrzeżenie obejmowało dane umieszczone w formularzu cenowym, podlegające ocenie w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, to z założenia nie mogło być skuteczne, ponieważ znajdujące się tam informacje odnoszą się do ceny oferty, której utajnić nie można”.

Tajemnicą przedsiębiorstwa powinny zostać objęte przez wykonawcę jedynie konkretne informacje. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji⁴⁸.

Decydujące znaczenie dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma uzasadnienie jej zastrzeżenia, które musi zawierać wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na tym etapie wykonawca ma przedłożyć dowody potwierdzające przedstawioną przez niego argumentację.

Istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być więc w każdym przypadku rzeczywiste i niewątpliwie sama wola wykonawcy nadającego klauzulę poufności określonym informacjom nie jest decydująca. Nie można ograniczyć się do ogólnego, opartego na subiektywnej ocenie stwierdzenia o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 20/21⁴⁹:

„(...) Izba podkreśla, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny, określonych przez Odwołującego jako informacje o charakterze organizacyjnym. Powyższe oznacza, że to wyłącznie charakter informacji oraz wypełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk ma decydujące znaczenie rozstrzygające o tym, czy dane informacje mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy też nie. (...) Zamawiający, w ocenie Izby, dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego ww. wyjaśnień, w sposób dokładny i skrupulatny. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. W ocenie Izby, argumenty zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w znacznej mierze są ogólne i powołujące się na cechy przynależne

⁴⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3533/22.

⁴⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 20/21, Legalis nr 2554328.

wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i mają charakter nie niosący ze sobą jakiegokolwiek wartości gospodarczej. W szczególności dotyczy to przywołanych przez Odwołującego w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyroków sądów, ogólnych zapewnień o posiadaniu przez zastrzeżone informacje istotnej wartości gospodarczej bez skwantyfikowania tej wartości lub deklaracji o poniesieniu znacznej szkody majątkowej w przypadku ujawnienia tych informacji. Podobnie w zakresie przedstawionej kalkulacji szczegółowej kilku pozycji ze złożonego kosztorysu - Odwołujący przedstawił założenia do kalkulacji szczegółowych w których powołuje się na czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przynależne de facto wszystkim uczestnikom postępowania czy też podmiotom prowadzącym działalność na tożsamym rynku (np. ustalenie kosztów sprzętu i materiałów na podstawie ogólnodostępnych informacji z serwisu/kalkulatora kosztorysowego, czy też przyjęcie kosztów robocizny do wyliczenia wartości pozycji w wartości minimalnej wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa). Tym samym nie ma podstaw, by stwierdzić, że Odwołujący wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą informacji które Zamawiający zamierza ujawnić, a tylko informacje o określonej wartości gospodarczej mogą podlegać ochronie.

Odwołujący wskazuje ponadto, że ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach może stwarzać realne zagrożenie zmniejszenia konkurencyjności Odwołującego w kolejnych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, narażając Odwołującego na szkody, jednakże Odwołujący nie wyjaśnia, w jaki sposób ujawnienie kalkulacji kilku pozycji z których wynika zakres prac wykonywanych w oparciu o dokumentację postępowania wraz z cenami paliwa – zgodnymi z oficjalnymi cenami paliw doprowadzi do szkody, czyli jaki jest związek przyczynowo - skutkowy między ujawnieniem kalkulacji cen kilku pozycji kosztorysowych, a szkodą czy też zmniejszeniem konkurencyjności Odwołującego i jaka jest realna skala tej szkody. Na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że deklaracji takich nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich bowiem konkretów obrazujących np. w jaki to negatywny sposób dobór wszystkich rozwiązań przyjętych w zakresie kalkulacji ceny w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Odwołującego przez podmioty konkurencyjne w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Odwołujący powinien wykazać między innymi, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.

Odnosnie instrukcji technicznych określonych produktów, opisu produktów czy też karty charakterystyki stwierdzić należy, iż informacje te stanowią informacje, które są powszechnie dostępne na rynku (publikowane na stronach internetowych), w szczególności są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Jak podkreślał Zamawiający w toku rozprawy wszyscy wykonawcy profesjonalnie świadczący usługi w zakresie przedmiotu zamówienia mają wiedzę o istnieniu takiego produktu.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości informacji zarówno uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak jak wskazano naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składanych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Samo oświadczenie przez przedsiębiorcę, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest wystarczające do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu Izba nie podziela opinii Odwołującego, że kalkulacje cenowe, jako właściwe danemu wykonawcy nigdy nie powinny być ujawniane do wiadomości publicznej per se. Nie mogą być ujawniane, o ile wykonawca wykaże zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp nie przewiduje automatycznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych kategorii czy rodzajów informacji – nie ma tutaj żadnego automatyzmu. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę, że w znacznej części, jak już wskazano powyżej informacje te mają charakter jedynie ogólny.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, Odwołujący był też zobowiązany wykazać rzeczywiste pozostawanie wszystkich zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych informacji jest wymienienie przez Odwołującego narzędzi z jakich korzysta w celu zapewnienia ochrony. Katalog wymienionych środków w istocie sprowadza się do podania ich rodzaju, jednak z określenia rodzaju nie wynika, że to właśnie te konkretne informacje, są chronione, a tym bardziej, iż w stosunku do określonych informacji podjęto działania zmierzające do zachowania w poufności działań związanych z przedstawionym w wyjaśnieniach sposobem kalkulacji ceny. Słusznie ocenił Zamawiający, iż za uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa całości przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i informacji (tj. pisma z dnia 04.09.2020 r. i pisma z dnia 05.11.2020 r. wraz z załącznikami) nie może być uznane ogólne stwierdzenie, że: „dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób.” Odwołujący nie wskazał dokładnie jakie konkretne grono osób spośród pracowników lub współpracowników ma lub miało dostęp do wszystkich informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”.

PRZYKŁADY Z KONTROLI

W postępowaniach objętych kontrolą Prezesa UZP można zauważyć uchybienia zamawiającego związane z nieprawidłowym zastrzeżeniem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej⁵⁰ stwierdzono, iż mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia załączników nr 4-7 do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. Wykonawca nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez ww. Wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż wykazana została zasadność zastrzeżenia omawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i co za tym idzie, zasadność ograniczenia ustawowej zasady jawności postępowania. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. dokumentach oraz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego załączników nr 4-7 do pisma Wykonawcy z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza⁵¹ podzieliła argumentację kontrolującego uznając ją za własną. Ponadto zdaniem Izby, Prezes UZP prawidłowo uznał, że wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia spornych dokumentów jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż w momencie dokonywania oceny nie posiadał specjalistycznej wiedzy na temat procesu produkcyjnego, kosztów, materiałów, technologii, kontaktów handlowych, które mogły mieć istotne znaczenie dla realizacji zamówienia. Izba wskazała po pierwsze, że twierdzenia Zamawiającego mają tak ogólny charakter, że nie sposób nawet domniemywać jak należałoby je odnieść do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę. Po drugie, zastrzeżone przez Wykonawcę informacje to dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, które to podmioty są dysponentem informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, nie zaś wykonawca. Po trzecie, technologia przyjęta do wykonania zamówienia wynika bezpośrednio z założeń dokumentacji

⁵⁰ Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2021 r., znak: UZP/DKZP/60/21.

⁵¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO/KD 24/21.

projektowej i technicznej przekazanej Wykonawcom wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, której autorem jest przecież Zamawiający. Po czwarte, wskazanie przez Zamawiającego, że nie posiadał wiedzy specjalistycznej do zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w następstwie czego stwierdził, że nie są to informacje ogólnodostępne, a także przyznanie się Zamawiającego, że nie znał źródeł pozyskania takiej wiedzy — pozwala zakwestionować, czy w ogóle doszło do badania treści informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po piąte Izba wskazała, że ogólne twierdzenia Zamawiającego o zakazie ujawnienia informacji dotyczących działalności przedsiębiorstwa nie mogą stanowić argumentacji do ograniczenia zasady jawności postępowania. Izba podkreśla, że nie wykazał w jakikolwiek logiczny i spójny sposób obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Zamawiający zaś w treści zastrzeżeń niejako powieliła ogólność i lakoniczność stanowiska wykonawcy uzasadniając swoje postępowanie. Należy raz jeszcze podkreślić, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie jakie konkretnie informacje, w jaki sposób, w przypadku ich ujawnienia, mogą wpłynąć negatywnie na pozycję wykonawcy na rynku i powodować bliżej zdefiniowane i określone negatywne skutki. Takich okoliczności konsorcjum nie wykazało. Tym samym, nie można uznać, że informacje zawarte w załączonych do pisma z dnia 28 sierpnia 2020 r. dokumentach oraz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2020 r. zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez Zamawiającego, zaś ich nieujawnienie stanowiło naruszenie przepisów wskazanych przez Prezesa UZP.

6. Ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym, jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w terminie lub złożone przez niego wyjaśnienia nie potwierdzają, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę jego oferta podlega odrzuceniu.

Pojęcie ciężaru dowodu nie zostało wprost zdefiniowane w ustawie Pzp, natomiast zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej

konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania⁵².

Konsekwencją wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest powstanie domniemania, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem, które może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. Badanie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, który po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień upewni się, czy za cenę zaoferowaną przez wykonawcę jest możliwe zrealizowanie zamówienia, jak i wykonawcy, którego oferta bez wcześniejszego wezwania do złożenia wyjaśnień nie zostanie odrzucona z powodu uznania ceny za rażąco niską.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *„w sytuacji, gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).*

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich

⁵² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 315/22, Legalis nr 2675373.

istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą⁵³.

Szczególną regulację ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym zawiera art. 537 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawca, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, jest stroną postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy wniósł odwołanie, kwestionując odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Wykonawca jest uczestnikiem postępowania, jeżeli skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdy jego oferta została uznana

⁵³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 600/21, Legalis nr 2562854.

za najkorzystniejszą. W obu przypadkach wykonawca ten bierze udział w postępowaniu odwoławczym, zatem może i powinien korzystać z uprawnień procesowych przyznanych mu przez ustawę Pzp. Dlatego to na nim spoczywa ciężar dowodu, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podmiotem zobowiązanym do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, może być również zamawiający. Dotyczy to przypadków, w których wykonawca, co do którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie jest stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego, tj. nie bierze w nim udziału (ma to miejsce w sytuacji, w której nie wniósł odwołania ani nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego). W takim przypadku to na zamawiającym ciąży obowiązek „obrony” oferty przed zarzutem rażąco niskiej ceny⁵⁴.

W zakresie naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp każdą sprawę badać należy indywidualnie, w związku z czym mają miejsce sytuacje, kiedy wykonawca nie zostanie wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W takim przypadku pozostali uczestnicy postępowania mogą wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Warto zaznaczyć, że w takim przypadku wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej⁵⁵, wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 ustawy Pzp i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co powoduje obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę – czyli udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów – zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie przekonujących środków, że przywołane przez wykonawcę okoliczności faktyczne są prawdziwe, a z drugiej strony określa kto poniesie negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

⁵⁴ Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2021, komentarz do art. 537, s. 1367.

⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2847/21, Legalis nr 263680.

PRZYKŁADY Z KONTROLI

Informacja o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt: KND/135/22/DKZP:

W sprawie zainicjowanej wnioskiem o kontrolę Wnioskodawca podniósł, m. in. że: *„Zamawiający dokonał niewłaściwej, nieobiektywnej oceny złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny bez rzeczowej analizy i w oparciu o własne przekonania, w oderwaniu od obowiązujących przepisów Kodeksu Pracy dotyczącej rozliczania czasu pracy w niedzielę i święta a samo uzasadnienie odrzucenia oferty było niewyczerpujące i lakoniczne”.*

W udzielonej Wnioskodawcy po wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej odpowiedzi wyjaśniono, że skierowanie wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, konkretnych, szczegółowych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny lub kosztu, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena lub koszt jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty.

Kwestia zaoferowanej przez wykonawcę ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, w szczególności do wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ, a także wynikających z wezwania do złożenia wyjaśnień. Przedmiotem zamówienia w części nr 1 było świadczenie całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej obiektu oraz mienia, monitoring, w tym obsługa portierni, wraz z interwencją grupy patrolowo-interwencyjnej, a zatem usługą, której podstawowym elementem ceny są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób skierowanych do pracy). Oprócz kosztów zatrudnienia Wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji ceny także inne koszty wynikające z realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty: wyposażenia pracowników, paliwa, obsługi administracyjnej, zysk. Zatem aby wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może jednak wykazać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej

ustalonych w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Nawet jeśli wykonawca zatrudnia pracowników ochrony na podstawie umowy cywilnoprawnej, do obliczenia ceny oferty przyjęte muszą zostać co najmniej kwoty wynagrodzeń minimalnych. W przedmiotowej sprawie Wnioskodawca wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że funkcję koordynatora będzie pełnił Prezes Zarządu i nie będzie pobierał z tego tytułu wynagrodzenia. Wykonawca A. w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż w kalkulacji nie uwzględniono kosztu grup interwencyjnych, gdyż nasze grupy interwencyjno-patrołowe obejmują ochroną obiekty B. na podstawie umowy z N. i koszt ich utrzymania zostaje pokryty z tego świadczenia. Powyższa praktyka, polegająca na przerzuceniu części kosztów wykonania zamówienia (kosztów zatrudnienia grupy patrołowo-interwencyjnej) do innych zadań realizowanych przez wykonawcę na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna i została jednoznacznie uznana za dowód na zaferowanie rażąco niskiej ceny w orzecznictwie KIO. W wyroku z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 337/22, KIO stwierdziła, że wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaferowanie rażąco niskiej ceny. Ponadto jak wskazał Zamawiający w złożonych do Urzędu wyjaśnieniach, umowa pomiędzy Wykonawcą a M., zawarta została na 12 miesięcy od dnia podpisania tj. 01.06.2022 r. czyli do 31.05.2023 r. Zamówienie, o które ubiegał się wykonawca w cz. 1 obejmuje okres 48 miesięcy od dnia 01.09.2022 r. do dnia 31.08.2026 r. Wykonawca nie wykazywał żadnego dochodu w swojej kalkulacji będącego w stanie pokryć koszt grupy interwencyjnej w okresie 01.06.2023 r. do 31.08.2026 r. Przesłana umowa w tym okresie nie pokrywa całościowego kosztu. Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający nie ma obowiązku znać rozkładu czasu pracy obowiązującego pracowników ochrony zatrudnionych u danego pracodawcy ani posiadać wiedzy o tym czy pracodawca stosuje w stosunku do pracowników ochrony ustawowe reguły dozwolonego zatrudnienia w niedzielę i święta. Natomiast po stronie Wykonawcy istnieje obowiązek wskazania w składanych wyjaśnieniach wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na zaferowaną cenę, w tym także tę okoliczność, że dla pracowników ochrony zatrudnionych u Wykonawcy praca wykonywana w niedzielę i święta to dni pracy, zgodnie z obowiązującym ich rozkładem czasu pracy (harmonogramem).

W przedmiotowej sprawie kontrola doraźna uległa zakończeniu po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wobec niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli.

Informacja o braku podstaw do wszczęcia kontroli doraźnej z dnia 17 grudnia 2021 r. sygn. akt: WK/378/21/DKZP:

W sprawie zainicjowanej wnioskiem o kontrolę wnioskodawca podniósł, m.in. że w prowadzonym postępowaniu doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty: „*pod pretekstem rzekomo niskiej ceny*”.

W udzielonej Wnioskodawcy odpowiedzi merytorycznej wyjaśniono, że zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak wskazano we wniosku o kontrolę, odrzucona została oferta Wykonawcy X. Podstawą prawną odrzucenia oferty był art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Jak wynika z Informacji z otwarcia ofert z dnia 28 lipca 2021 r. opublikowanej na stronie internetowej prowadzonego postępowania, Wykonawca X zaoferował cenę za wozokilometr w wysokości 2,08 zł brutto zaś Wykonawca Y cenę za wozokilometr w wysokości 4,10 zł brutto. W związku z powyższym cena zaoferowana przez Wykonawcę X była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy X na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający podał jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty brak udzielenia w wyznaczonym do tego terminie wyjaśnień, na podstawie których możliwym byłoby ustalenie, że przedstawiona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 ustawy Pzp, a brak odpowiedzi na wezwanie również skutkuje odrzuceniem oferty, tak jakby miała ona rażąco niską cenę lub koszt, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tak jak miało to miejsce w ww. przypadku.

7. Odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt – zagadnienia teoretyczne.

Ustawa Pzp wskazuje na sytuacje, w których zamawiający zobligowany jest do odrzucenia złożonej oferty. Następuje to m.in. gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia⁵⁶.

⁵⁶ Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, że 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 kosztu⁵⁷.

Odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę może więc nastąpić dopiero wtedy, gdy Zamawiający przeprowadzi procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu zaoferowanego przez Wykonawcę opisaną w art. 224 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższy przepis ustawy Pzp należy mieć na względzie, że odrzucenie oferty następuje nie tylko w sytuacji braku uzasadnienia w złożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana cena lub koszt nie jest rażąco niska, ale również w przypadku nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie określonym przez zamawiającego. Jak wspomniano powyżej⁵⁸, to na Wykonawcy składającym wyjaśnienia ciąży obowiązek udowodnienia, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie. Jeżeli tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 209/21⁵⁹:

„Użyte w przepisie określenie „zwraca się o udzielenie wyjaśnień” jest tzw. trybem pozornie opisowym, który faktycznie określa obowiązek zamawiającego. Bez powyższego wezwania do wyjaśnień i ich późniejszej oceny zamawiający nie może oferty odrzucić, nawet jeśli cena oferty nie tylko wydaje mu się rażąco niska i niezgodna z przepisami, ale jest o tym przekonany już na podstawie samej oferty.

Na wymóg (obowiązek) wezwania w tym zakresie wskazuje także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, w którym stwierdza, że „artykuł 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że, wymaga on istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu (...) który przewiduje zasadniczo, że wówczas gdy kandydat proponuje cenę rażąco niską, instytucja zamawiająca kieruje do niego na piśmie żądanie udzielenia wyjaśnienia swej propozycji ceny. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty. Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.” Powyższe ma zastosowanie także do stanu prawnego ustalonego dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady

⁵⁷ Art. 224 ust. 6 Pzp ustawy Pzp.

⁵⁸ Patrz wyżej, rozdz. 6, str. 34.

⁵⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 209/21, Legalis nr 2561733.

2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE”.

Należy zaznaczyć, że informację o odrzuceniu oferty obarczonej wadą rażąco niskiej ceny kieruje się do Komisji Europejskiej i Prezesa Urzędu, jeżeli spełnione są wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 7 ustawy Pzp, tj. wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, odrzucona została oferta, która według zamawiającego zawierała rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a w terminie wyznaczonym przez zamawiającego wykonawca nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Ustawa Pzp nie przewiduje terminu, w ciągu którego zamawiający ma zrealizować wskazany wyżej obowiązek informacyjny. Na tej podstawie można zatem uznać, że zawiadomienie Prezesa Urzędu oraz Komisji Europejskiej, o którym mowa w przytoczonym przepisie, jest możliwe w każdym czasie, po dokonaniu czynności odrzucenia oferty. Ustawodawca nie określił również formy właściwej dla przekazania przedmiotowego zawiadomienia, ani sposobu jego przekazania; o ww. kwestiach zamawiający decyduje więc samodzielnie.

PRZYKŁADY Z KONTROLI

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 stycznia 2022 r. sygn. akt: KND/161/21/DKZP, w której Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia:

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową kwotę 177 000,00 zł brutto. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 skierował w dniu 26 kwietnia 2021 r. do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy okazała się niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 35,02%. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał m.in. co następuje:

Prosimy o wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Do wyjaśnień prosimy złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, (np. szczegółowy kosztorys) w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. wykonawca przekazał następujące informacje.

Informuję, że cena oferty na wykonanie „Wymiany kotłów gazowych na gazowe kotły kondensacyjne w Szkole Podstawowej (...)” wyliczona została na podstawie dokładnej analizy możliwości technicznych i osobowych mojej firmy, mając na uwadze zakres rzeczowy robót do wykonania zawarty w dokumentach przetargowych. Firma moja w poprzednich latach wykonywała podobne, co do wielkości mocy kotłownie, na terenie sąsiednich miast naszego województwa i z tego tytułu mam znaczące doświadczenia w tym zakresie, a co najważniejsze korzystne rabaty u dostawców na materiały i urządzenia potrzebne do wykonania przewidywanego zakresu robót. Na dzień dzisiejszy firma dysponuje niezbędnym sprzętem i wyposażeniem zaplecza technicznego do wykonania przedmiotowego zadania. Dodatkowym atutem mającym odniesienie na cenę wykonania całości zadania, byłyby zminimalizowane koszty związane z codziennym transportem pracowników i sprzętu, co uwzględnione zostało w ostatecznych kalkulacjach. Jednocześnie oświadczam, że w firmie przestrzegane jest prawo pracy, między innymi art. 2 ust. 3-5 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Podtrzymuję na dzień dzisiejszy cenę oferty na przedmiotowy zakres robót w wysokości 177.000,00 zł brutto. Dla wyjaśnienia załączam kalkulacje wykonane na podstawie dokumentów przetargowych, oraz na podstawie przewidywanych kosztów mojej firmy. Jakość wbudowywanych materiałów i urządzeń każdorazowo potwierdzona będzie przepisowymi dokumentami.

Do przedmiotowego pisma wykonawcy został załączony kosztorys podzielony na branże: „instalacje technologiczne”, o wartości kosztorysowej robót 127 442,81 zł netto oraz „instalacje elektryczne” o wartości kosztorysowej robót 16 485,28 zł netto. Jak wynika z informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli, przedmiotowy kosztorys został uznany przez Zamawiającego za kosztorys uproszczony. W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy i zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny przekazane przez wykonawcę w piśmie z dnia 28 kwietnia 2021 r. charakteryzują się lakonicznością oraz ogólnikowością stwierdzeń. W tym względzie należy uznać, iż wykonawca nie skonkretyzował w swojej odpowiedzi możliwości technicznych i osobowych, które mogłyby mieć wpływ na cenę realizacji zamówienia, co pozwala na stwierdzenie, iż jest to element nieweryfikowalny z perspektywy badania rażąco niskiej ceny w postępowaniu. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie

ceny lub kosztu na niskim poziomie, czemu wykonawca nie zadośćuczynił. Analogicznie nie mogą zostać uznane za potwierdzające, iż oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny sformułowania odnoszące się do dostępnych wykonawcy rabatów w sytuacji jeśli wykonawca nie przekazał szczegółowych informacji w tym zakresie w toku procedury badania rażąco niskiej ceny.

Ponadto wskazać należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 28 kwietnia 2021 r. wykonawca sygnalizując dysponowanie *niezbędnym sprzętem i wyposażeniem zaplecza technicznego do wykonania przedmiotowego zadania*, nie sprecyzował jakiego rodzaju sprzęt i wyposażenie zaplecza technicznego posiada oraz w jaki sposób ich zastosowanie pozwala na wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę ofertową. Wykonawca nie wyjaśnił także co rozumie poprzez *zminimalizowane koszty związane z codziennym transportem pracowników i sprzętu* oraz przełożenia powyższego faktu na konkretne elementy cenotwórcze.

Jednocześnie za niewystarczający w kontekście uzasadnienia braku rażąco niskiej ceny należy uznać załączony przez wykonawcę do pisma z dnia 28 kwietnia 2021 r. kosztorys uproszczony. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż sam Zamawiający w piśmie z dnia 26 kwietnia 2021 r. wskazał, iż przykładowym dowodem dla wykazania braku rażąco niskiej ceny może być kosztorys szczegółowy, co należy rozumieć jako żądanie dokumentu, z którego wynika pewne minimum informacji na temat elementów cenotwórczych pozwalających na kalkulację określonej ceny ofertowej. W tym względzie podkreślić należy, iż w praktyce robót budowlanych za kosztorys szczegółowy rozumie się najczęściej kosztorys podający dla każdej pozycji obmiarowej, rozbitcie ceny jednostkowej na koszty robocizny, materiałów i sprzętu (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 r., sygn. KIO 2366/13). Należy zaznaczyć, iż z przedmiotowego kosztorysu uproszczonego nie wynikają m.in. koszty pracy sprzętu, koszty materiałów czy liczba i cena roboczogodzin w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotowy kosztorys uproszczony nie zawiera pozycji odpowiadającej pozycji nr 45 i 46 w załączniku nr 4 do SIWZ pn. „Przedmiar robót”, przewidując z kolei odrębną pozycję nr 45 opisaną jako „Komin”. Uznać należy, iż brak jest podstaw do samodzielnego przyjęcia przez Zamawiającego, iż pozycja nr 45 w kosztorysie uproszczonym wykonawcy odpowiada pozycjom nr 45 i 46 z załącznika nr 4 do SIWZ, biorąc pod uwagę zasadniczą zmianę treściową nazwy danej pozycji. Podkreślić należy przy tym, iż nawet jeśli wykonawca nie był formalnie zobowiązany do złożenia w toku postępowania kosztorysu ściśle zgodnie z przedmiarami robót, w sytuacji jeśli wykonawca przedkłada kosztorys jako dowód, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, musi być on weryfikowalny przez pryzmat zakresu zamówienia, w innym wypadku nie spełniałby on swojej roli dowodowej i jego składanie byłoby bezprzedmiotowe. Biorąc pod uwagę układ przedłożonego przez wykonawcę kosztorysu, który

co do zasady odpowiadał układowi przedmiaru robót zawartego w załączniku nr 4 do SIWZ zasadne jest uznanie, iż Zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie w odniesieniu do pozycji budzącej wątpliwości.

Powyższe stanowisko Prezesa Urzędu zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą po rozpatrzeniu zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej w uchwale z dnia 22 lutego 2022 r. o sygn. akt: KIO/KD 9/22.

Informacja o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli z dnia 24 stycznia 2023 r. sygn. akt: KND/173/22/DKZP, w którym nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania:

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 3 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że: *Okoliczności faktyczne badanej oferty wskazują, iż jej cena jest zaniżona w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług: tj. 773.285,63 zł, w związku z czym oferta Wykonawcy przyjmuje znamiona rażąco niskiej, gdyż cena całkowita oferty tj. 295.200,00 zł, jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia. W toku badania ofert w dniu 4 października 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy, (...) do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca udzielił odpowiedzi na wezwanie w dniu 7 października 2022 r. Dokonana weryfikacja odpowiedzi Wykonawcy, wykazała, że udzielone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące. Wykonawca przedstawił szeroki kontekst sytuacji uzasadniającej zaoferowanie takich, a nie innych warunków:

- metody zarządzania procesem świadczonych usług: rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki usług; kosztów pracy; pomocy publicznej (dotacje, subwencje, inne otrzymane formy wsparcia),
- dostęp do stałego, wykwalifikowanego personelu,
- kalkulację oszczędności, prezentując faktyczny koszt pracowniczy w porównaniu z kosztami, które wykonawca poniósłby, kompletując z rynku zespół dedykowany temu zamówieniu,
- wykorzystanie zasobów własnych (potencjał kadrowy, techniczny itd.),
- fakt, że kadra kierownicza zajmuje się nie tylko zarządzaniem, ale wykonuje czynności merytoryczne na równi z pracownikami, dając wkład w postaci swojej pracy. Zaangażowanie właściciela firmy jest dużą oszczędnością w budżecie,
- wykonawca korzystał będzie ze swojego sprzętu technicznego, którego użycie jest tańsze w porównaniu do kosztów jego wynajęcia, dzierżawy lub outsourcingu,
- brak konieczności wynajmu lokali do prowadzenia działalności (najem, dzierżawa),
- specjalizacja firmy w zamówieniach niszowych pozwalająca zoptymalizować procesy i uczynić je bardziej efektywnymi.

W badanym przypadku cena oferty Wykonawcy była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, w związku z czym Zamawiający wypełniając dyspozycję przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami oraz dołączonymi dowodami, Zamawiający zdecydował, że są one wystarczające do oceny, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy uznać decyzję Zamawiającego za uzasadnioną. Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zawarł bowiem szczegółowe uzasadnienie wraz z kalkulacjami uprawdopodobniającymi rynkową realność zaoferowanej ceny przy jednoczesnej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz uzyskaniem zysku z tego tytułu. W wyjaśnieniach Wykonawca podkreślił przede wszystkim oszczędności wynikające z posiadania niezbędnego do realizacji zamówienia zaplecza technicznego bez konieczności ponoszenia kosztów „outsourcingu”, jak również z pozyskania dotacji celowych oraz dysponowania kompletnym personelem łącznie z właścicielem firmy Wykonawcy posiadającym stosowne uprawnienia architektoniczne i konstrukcyjno-budowlane, w oparciu o które osobiście będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia oraz kalkulacje poparte zostały również stosownymi dowodami.

PRZYKŁADY Z ORZECZNICTWA

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1679/21⁶⁰, w którym w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp potwierdził się:

„(...)Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, przy czym powyższe odnosi się zarówno do etapu postępowania o udzielenie zamówienia, jak i etapu postępowania odwoławczego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. (...). Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) (...) Dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, w sposób nierozłączny związana powinna być z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to treść wezwania co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień powinien sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wykonawcy w treści wezwania oraz czy odpowiadają swojej szczegółowości wymogom w tym wezwaniu wskazanym.

(...) Izba zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca P., powołując się na określone okoliczności mające wpływać na sposób ukształtowania ceny, w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób przekładają się one na tę cenę, jakiego rzędu oszczędności wykonawca P. z tego tytułu generuje. W wyjaśnieniach wskazano na okoliczności takie jak bliskość miejsca realizacji czy posiadane doświadczenie, nie tłumacząc jednak jakie wymierne korzyści one przynoszą. Na podstawie udzielonych wyjaśnień nie sposób ocenić dlaczego ww. okoliczności miałyby uzasadniać stwierdzoną różnicę cenową między ofertami złożonymi w postępowaniu. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że posiadane przez P. doświadczenie miałyby dawać mu istotną przewagę konkurencyjną, skoro pozostali wykonawcy (co wynika z dokumentów załączonych do ofert) wykazali się doświadczeniem większym niż P. na potrzeby pozacenowego kryterium oceny ofert. Równie lakoniczne jest zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenie, że ww. wykonawca posiada część wymaganego oprogramowania aplikacji w swoich zasobach – aczkolwiek element ten może generować pewne oszczędności, to jednak wykonawca P. w ogóle nie wyjaśnił jakie konkretnie mogą to być oszczędności, jakie konkretnie aplikacje posiada i w jaki sposób zamierza wykorzystać je na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasadnicza część wyjaśnień opiera się na dość ogólnych stwierdzeniach, bez przedstawienia konkretnych, wymiernych informacji. (...) Wskazanie mierzalnych, wymiernych ekonomicznie, wartości

⁶⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1679/21, Legalis nr 2636626.

ma kluczowe znaczenie, bowiem w przeciwnym razie nie jest możliwe dokonanie rzetelnej oceny, czy faktycznie określone okoliczności pozwalały na obniżenie ceny oferty w tak znacznym stopniu, jak miało to miejsce w przedmiotowym przypadku.

Izba ponownie podkreśla, że obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca P. powołując się na okoliczności wpływające na wysokość ceny ani ich nie wykazał, ani nie wytłumaczył konkretnie jak przekładają się one na kalkulację ceny oferty.(...) Zauważyć należy także, że sam Zamawiający w treści wezwania skierowanego do P. wskazał, iż wykonawca powinien opisać nie tylko istniejące po jego stronie obiektywne czynniki, ale także sposób, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny oferty. Na gruncie przedstawionych wyjaśnień stwierdzenie faktycznego, realnego wpływu przedstawionych w wyjaśnieniach okoliczności na sposób ukształtowania ceny ofert nie jest możliwe. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca P. załączając do wyjaśnień kalkulację cenową nie przedstawił informacji, w jaki sposób podane tam elementy zostały ustalone, z czego one wynikają, zaś sama treść wyjaśnień danych wskazanych w kalkulacji nie omawia, nie odnosi się do poszczególnych kontentów.

Mieć należy ponadto na uwadze, że wyjaśnienia powinny przedstawiać dowody potwierdzające realność ceny, co wynika z treści przepisów i na co Zamawiający kilkakrotnie wskazywał w treści wezwania, tymczasem wykonawca P. nie dochował w tym zakresie należytej staranności i poza prostą kalkulacją stanowiącą jego oświadczenie własne, nie przedstawił żadnych innych środków dowodowych, który mogłyby potwierdzić wiarygodność przedstawionych wyjaśnień, a których złożenie było obiektywnie możliwe. (...) Niemniej zaniechanie poparcia wskazanych w treści wyjaśnień okoliczności wpływających na ukształtowanie, w tym obniżenie, ceny oferty jakimikolwiek obiektywnymi dokumentami powoduje, że Zamawiający podczas oceny wyjaśnień dysponuje niczym innym jak wyłącznie gołosłownymi, nieweryfikowalnymi zapewnieniami wykonawcy. Trudno w takiej sytuacji uznać, aby doszło do „wykazania”, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem na obowiązek takiego „wykazania” wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę P. nastąpiła częściowo w oderwaniu od treści wezwania skierowanego do wykonawcy i obowiązków, jakie tym wezwaniem na wykonawcę Zamawiający nałożył. Jeżeli Zamawiający żądał od wykonawcy wprost wskazania po pierwsze obiektywnych czynników wziętych pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej, po drugie sposobu, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny całkowitej oferty, a po trzecie dowodów potwierdzających, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, to nie

spóśb uznać za kompletne i wyczerpujące wyjaśnienie, które tych dwóch ostatnich elementów nie zawierają.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę, na kwestię rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. (...) Zdaniem Izby Odwołujący sprostą obowiązkowi przedstawienia wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych podniesionych zarzutów, w treści odwołania odniósł się w sposób szczegółowy do wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę P. w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz do konkretnych wartości i kosztów przyjętych w załączonej do wyjaśnień kalkulacji. Niezależnie od podniesienia okoliczności wyżej omówionych, tj. braku wykazania w sposób mierzalny przez wykonawcę P. jak dane obiektywne czynniki przekładają się na cenę oferty oraz braku załączenia jakichkolwiek dowodów, Odwołujący wskazał ponadto na szereg dalszych wątpliwości powstałych na gruncie wyjaśnień P. (...) W odwołaniu podniesiono także wątpliwości w zakresie uwzględnienia przez P. kosztów tłumaczenia na potrzeby aplikacji mobilnej. Ponadto podczas rozprawy Odwołujący przedstawił wydruki z „Banku obrazów” mające potwierdzać koszt pozyskania zdjęć archiwalnych do wystawy.

Do powyższej argumentacji Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani podczas rozprawy w zasadzie nie odniósł się, podczas gdy w świetle szczegółowego przedstawienia podstaw faktycznych stawianych zarzutów przez Odwołującego, ciężar udowodnienia, że oferta wykonawcy P. nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na Zamawiającym, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 537 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający zamiast odnieść się w sposób merytoryczny do argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu starał się akcentować fakt, że twierdzenia Odwołującego stanowią jedynie jego subiektywną ocenę. Stanowisko Zamawiającego ograniczone zostało de facto do stwierdzenia, że przedmiot zamówienia ma twórczy charakter i jego wykonanie (a zatem i koszt) jest zależny od przyjętej przez danego wykonawcę koncepcji. Jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że w tym przypadku kalkulacja ceny ofertowej determinowana jest przyjętymi przez wykonawcę założeniami o charakterze twórczym, to nie można tracić z oczu faktu, że opis przedmiotu zamówienia określa szczegółowe ramy, w jakich wykonawcy mają działać i w oparciu o które konstruują oni ofertę. (...) Okoliczność, że przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie były wyczerpujące pośrednio potwierdza fakt, że Zamawiający nie był w stanie w oparciu o nie skutecznie odeprzeć zarzutów stawianych przez Odwołującego. Sam wykonawca P. nie skorzystał zaś z przysługującego mu prawa do obrony swojej oferty i nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. (...) W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Zamawiający nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi udowodnienia, że oferta wykonawcy P. nie zawierała rażąco niskiej ceny i odparcia twierdzeń Odwołującego, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wykonawcy P. nie była prawidłowa. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu

obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. Izba wskazuje, iż kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron między którymi toczy się spór jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Bierność stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem kluczowy wpływ na rozstrzygnięcie. Mając na względzie, że Zamawiający nie odniósł się w ogóle do znacznej części stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu, w szczególności tych jego elementów, które wskazywały na istniejące wątpliwości co do uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów dla poszczególnych kontentów, to Izba nie znalazła podstaw, aby twierdzenia Odwołującego w tym zakresie podważyć. Zamawiający nie odparł również argumentacji Odwołującego wskazującej na zaniechanie wyjaśnienia przez wykonawcę P. - pomimo wyartykułowania takiego żądania przez Zamawiającego w treści wezwania - w jaki sposób opisane w treści wyjaśnień obiektywne czynniki faktycznie wpływają na obniżenie zaoferowanej ceny”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2021 r. sygn. akt: KIO 1707/21⁶¹:

“(…) przechodząc do oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Izba wskazuje, że z uwagi na ich lakoniczność i brak załączenia dowodów na okoliczności powoływane w ich treści, nie sposób ocenić je pozytywnie. Wyjaśnienia liczą niecałe dwie strony, a kwestia udzielenia wyjaśnienia ceny w zakresie wskazanym przez Zamawiającego a dotyczącym art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, została przez Odwołującego w zasadzie pominięta. Odwołujący bowiem odniósł się do powyższego jednym stwierdzeniem, z którego wynika, że stosuje cenę za roboczogodzinę w wysokości 20 zł brutto. Nie sposób następnie się dowiedzieć chociażby jakie elementy składają się na wskazaną stawkę za roboczogodzinę. Innymi słowy, Odwołujący nie przedstawił chociażby kalkulacji samej tej stawki. Następnie odnotować należy, że mimo iż wezwanie dotyczyło ponadto wykazania zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, kwestie te Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zupełnie pominął. W tym miejscu wskazać należy, że przedstawienie dowodów dopiero na rozprawie uznać należy za spóźnione, bowiem Odwołujący miał wyjaśnić kwestię rażąco niskiej ceny w stosownym czasie przed Zamawiającym, natomiast w postępowaniu odwoławczym Izba bada jedynie zasadność czynności Zamawiającego podjętej względem oferty Odwołującego w oparciu o informacje, którymi Zamawiający

⁶¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2021 r. sygn. akt: KIO 1707/21, Legalis nr 2632108.

dysponował w dniu podjęcia decyzji. Wobec powyższego złożenie tych dowodów nie mogło przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

Izba również wskazuje, że celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które Odwołujący się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Izby podkreśla się bowiem, że ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiający musi otrzymać materiał, z którego uzyska konkretną wiedzę na temat ceny oferty i jej elementów składowych. Nie wystarczy przy tym wskazać lakonicznie, jak uczynił to Odwołujący, że wykonawca posiada duże upusty. W ocenie Izby aby argumentacja ta była wiarygodna, Odwołujący powinien był chociaż w przybliżeniu wskazać o jaką kwotę taka okoliczność pozwoliła obniżyć cenę oferty. Podobnie jak powołanie się na bliskość bazy sprzętowej, w tym zakresie Odwołujący również zaniechał wskazania jak przekłada się to na cenę oferty, w tym np. o jaką wartość pozwoliło ją obniżyć. To na wykonawcy, zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, natomiast Odwołujący w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia temu obowiązkowi nie sprostał. Jak stanowi art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wobec treści złożonych pismem z 28 kwietnia 2021 r. wyjaśnień nie sposób w ocenie Izby wywieźć, aby uzasadniały one podaną w ofercie cenę”.