

WYROK

z dnia 16 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2021 r. przez wykonawcę A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany A. Sz. z siedzibą w Łławie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego A. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany A. Sz. z siedzibą w Łławie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie podstawowym pn. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Remont budynku mieszkalnego i mieszkalno-gospodarczego w msc. Gwiździny, gm. Nowe Miasto 2 Lubawskie” (znak postępowania: OLS.WOP.260.60.2021.BM). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2021 r. pod

numerem 2021/BZP 00320237. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 2 lutego 2021 r. wykonawca A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany A. Sz. z siedzibą w Iławie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty wykonawcy J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VENSTEL J. D. z siedzibą w Olsztynie (dalej jako „VENSTEL”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu i uznaniu, że nie podlega ona odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez VENSTEL J. D., pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez VENSTEL J. D., pomimo że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia pomijają zarówno istotne koszty realizacji zamówienia, jak i są zbyt ogólne, a tym samym złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas gdy ciężar dowodu spoczywa w tym zakresie na wykonawcy,
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez brak rzetelnej i zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji weryfikacji przez zamawiającego wyjaśnień niskiej ceny złożonych przez VENSTEL J. D.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienia podjętej 28 stycznia 2022 r. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez VENSTEL J. D. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty VENSTEL J. D.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał:

Odwołujący podał, że Zamawiający 28 stycznia 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że uczynił to pomimo istotnych braków zawartych w wyjaśnieniach niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy. Przypatrując się treści art. 224 ustawy Pzp widać, że celem postępowania wyjaśniającego cenę oferty jest umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny czy badana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiającego należy traktować jako podmiot biorący udział w obrocie gospodarczym (choć dodatkowo obojętnym ustawowo), który ma obowiązek zadbać, by oferty, które przyjmuje były wiarygodne cenowo. Cel ten można zrealizować na różne sposoby. Ich wspólnym mianownikiem jest wykazanie zamawiającemu przez wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Venstel nie zadośćuczynił celowi postępowania wyjaśniającego. Nie udzielono wielu informacji co do faktycznych kosztów wykonania zamówienia, inne zaś pozostawiono bez dowodów, pomimo ewidentnej potrzeby ich złożenia. Tym samym Odwołujący uznał, że Venstel nie poddał ciężarowi dowodu w tym zakresie. Obowiązkiem zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest nie tylko wystosowanie pisma z wezwaniem do wyjaśnienia niskiej ceny oferty w przypadku zajścia przesłanek ustawowych. Jest nim również, a może i przede wszystkim, weryfikacja złożonych wyjaśnień. Zamawiający powinien zbadać czy sposób realizacji zamówienia wskazany w wyjaśnieniach jest zgodny z jego wymogami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, czy wskazano na wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia, czy została wykazana ich wysokość, czy całość wyjaśnień jest spójna, czy przyjęte założenia co do warunków realizacji zamówienia są realne. Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający takiej weryfikacji nie przeprowadził - inaczej zamawiający musiałby dostrzec choć część uchybień, które zostaną wskazane w niniejszym odwołaniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21. Odwołujący wskazał, że wyłączenie na podstawie

złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Odwołujący podkreślił, 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)”. Dalej Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1707/21.

Co do braku wykazania stopnia rozliczenia podatku VAT i jego skutków, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyczeniem kosztów zawartym w wyjaśnieniach Venstel:

- koszt wynagrodzeń wynosi w okresie budowy 31 680 złotych, dodatkowo kwoty 500 zł oraz 2 000 złotych obejmują koszty czynności inspektorów podejmowane przed rozpoczęciem i po zakończeniu robót,

- koszty pośrednie wynoszą 49 661,25 złotych.

- łącznie koszty te wynoszą 83 841,25 złotych.

Już sama powyższa część kosztów jest więc o ponad 3 000 złotych wyższa niż cena netto

oferty Venstel, która wynosi 80 750 złotych. Odwołujący stwierdził, że sumowanie wartości kosztów do ceny brutto oferty, jakie zaprezentowano w wyjaśnieniach Venstel, nie jest prawidłowe, gdyż pomija zupełnie kwestię podatku VAT. Venstel podsumował wartość poszczególnych kosztów do kwoty brutto zapominając, że jej elementem jest podatek VAT (w wysokości 18 572,50 zł), który nie stanowi dochodu wykonawcy. Odwołujący wskazał ponadto, że z wyjaśnień w żadnej mierze nie wynika w jakim stopniu Venstel będzie w stanie ten podatek rozliczyć. Wyliczenia w takim zakresie są niezbędne dla wykazania realności ceny w sytuacji, gdy wykonawca rozlicza koszty aż do kwoty brutto ceny oferty. Kwoty podatku naliczonego nie ma w wykazywanych kosztach wynagrodzeń. Jeżeli wykonawca zwraca koszty użytkowania samochodów prywatnych pracowników do celów podróży służbowych to również tutaj żaden podatek VAT nie zostanie naliczony. Co do zaś kategorii „koszty pośrednie” to z racji bardzo ogólnego ich wskazania oraz braku oparcia się w wyliczeniach na konkretnych kosztach zamawiający nie ma żadnej wiedzy co do skali odliczenia podatku VAT, jak również nie ma możliwości jej weryfikacji. Tym samym, Odwołujący uznał, że udzielone wyjaśnienia wprost nie wykazywały realności zaoferowanej przez Venstel ceny ofertowej i jako takie powinny spowodować odrzucenie oferty złożonej przez Venstel.

Odnosnie niewystarczającego poziomu szczegółowości wyjaśnień Venstel, Odwołujący stwierdził, że Venstel przedstawił wyjaśnienia, które można opisać jako ogólnikowe, niewystarczające i nieoparte dowodami. Koszty jakie zostały rzeczywiście wyliczone w wyjaśnieniach:

- koszty nadzoru budowy raz na dwa tygodnie - 38 078,88 zł.

Koszty, jakie nie zostały wyliczone, a jedynie zostały wskazane w wyjaśnieniach:

- koszt pracy w okresie poprzedzającym prace projektowe - 500 zł

- koszt pracy po zakończeniu robót budowlanych - 2 000 zł

- koszty pośrednie - 49 661,25 zł.

Tym samym, Odwołujący ocenił, że po odjęciu pozycji tabeli typu „podatek dochodowy”, „cena oferenta netto”, podsumowań i trzykrotnego powielenia tej samej wartości kosztów

pracy - oddzielnie dla każdego inspektora - okazuje się, że całe wyliczenie kosztów realizacji składa się z czterech wartości, z których tylko jedna została szczegółowo rozpisana. To spostrzeżenie najlepiej podsumowuje poziom szczegółowości wyliczeń Venstel. Odwołujący stwierdził, że w każdym zakresie (poza kosztami nadzoru budowy raz na dwa tygodnie) udzielone wyjaśnienia są zdecydowanie niewystarczające. Co do kwoty kosztów realizacji zamówienia w okresie poprzedzającym prace projektowe (500 zł) Odwołujący wskazał, iż obejmuje ona kilka zadań inspektora (weryfikację dokumentacji projektowej, weryfikację i opiniowanie harmonogramu rzeczowo - finansowego, przygotowanie niezbędnych dokumentów do przekazania placu budowy i przekazanie go wykonawcy robót budowlanych, a zapewne również wstępne omówienie wizji realizacji zamówienia z zamawiającym). Kwota 500 zł nie jest w żaden sposób adekwatna do tych zadań. Odwołujący ocenił, że nie jest ona rynkową ceną za opisane tam świadczenia wykonawcy. W tym momencie jednak odwołujący chce zwrócić uwagę przede wszystkim na zbyt duży poziom ogólności wyjaśnień Venstel, gdyż uniemożliwiają one ocenę jakie

założenia przyjął ten wykonawca co do czasu i kosztu realizacji poszczególnych zadań. Czyni to wręcz niewykonalną merytoryczną weryfikację wyjaśnień przez zamawiającego, który zamiast wycięcia kosztów realizacji dostaje tylko kilka wartości, które zostały przypisane do kilku kategorii kosztów zawierających różne obowiązki umowne wykonawcy. Na sam koniec Odwołujący przypomniał, że przedmiotowe wyjaśnienia zmieściły się na jednej stronie A4, przy czym sama treść merytoryczna wycięć zajęła jedynie pół strony. Kontrastuje to mocno z treścią wezwania zamawiającego, który oczekiwał przedstawienia „kalkulacji szczegółowej obliczenia ceny”.

Odnosnie braku uwzględnienia wybranych bezpośrednich kosztów realizacji zamówienia, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Venstel w swoich wyjaśnieniach nie przewidział żadnych kosztów prac w trakcie trwania robót innych niż wyjazdy związane z kontrolą budowy. Nie przewidziano m.in. żadnego czasu na przygotowywanie wymaganych raportów pisemnych, kontakt z projektantem w trakcie budowy, w tym uzgadnianie i egzekwowanie poprawek, egzekwowanie usunięcia wad przez wykonawcę i ew. przygotowanie dokumentacji w celu uzyskania kar umownych/odszkodowania, kontrolę zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz kontrolę wykonawcy w zakresie obowiązków w stosunku do podwykonawców. Tym samym, Odwołujący ocenił, że Venstel pominął w swoich wyjaśnieniach istotną część obowiązków wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że Venstel, zamierza, albo realizować zamówienie niezgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, albo nie był w stanie w tym zakresie przedstawić rzetelnych wyjaśnień, które wskazywałyby na realny poziom zaoferowanej przez niego ceny. Nawet, gdyby Venstel podnosił teraz, iż koszty tych czynności zostały zawarte w czasie pracy opisanym jako koszty nadzoru budowy raz na dwa tygodnie twierdzenie to byłoby nie tylko spóźnione, ale i niewiarygodne. Venstel nie wskazał w żaden sposób, iż wycięcie kosztów, które rozpoczyna się w wyjaśnieniach od stwierdzenia „co dalej na podstawie SWZ zobowiązuje nadzór budowy do co dwutygodniowej kontroli” obejmuje coś więcej niż wyjazdy w celu nadzoru budowy oraz wyjazdy związane z nieprzewidzianymi kontrolami budowy oraz związane z odbiorami robót ulegających zakryciu i odbiorem końcowym. Dodanie tej informacji zmieniłoby treść wyjaśnień i de facto oznaczałoby, iż zamawiający weryfikował inną treść wyjaśnień niż obecnie prezentowana przez Venstel. Odwołujący podniósł, że nie można pominąć też faktu, że części z tych czynności nie da się wykonać w ramach wyjazdów w celu nadzoru budowy. Co więcej, takie agregowanie wielu czynności do jednej kategorii kosztów bez ich wyodrębnienia jest tożsame z brakiem udzielania wyjaśnień, które mogłyby zostać zweryfikowane przez zamawiającego. Ogólny sposób prezentacji danych uniemożliwia jakkolwiek ich weryfikację przez zamawiającego inną niż samodzielnie wycięcie wszystkich tych kosztów i przyrównanie do kwoty wskazanej przez wykonawcę. O ile w przypadku weryfikacji prawidłowo rozpisanych kosztów składowych zamawiający może mieć tylko część informacji koniecznych do weryfikacji (np. może stwierdzić, że czas przewidziany na kontrolę wykonawcy robót budowlanych w zakresie obowiązków w stosunku do podwykonawców jest nierealnie krótki), o tyle tutaj zamawiający musiałby posiadać wszystkie te informacje, by rzetelnie zweryfikować wyjaśnienia. Wreszcie, w przypadku różnicy w wycięciach własnych zamawiającego i kwoty podanej przez wykonawcę nie wiadomo z czego ona wynika i czy jest uzasadniona jakimiś uwarunkowaniami realizacji zamówienia. Brak możliwości przedstawienia wyjaśnień w podobny sposób został podkreślony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1462/21. Tym samym nie ma możliwości innej oceny kwestii tych kosztów niż uznanie ich za niewykazane, co przesądza o niedostatecznym charakterze złożonych wyjaśnień, które nie potwierdzają prawidłowości zaoferowanej ceny.

Odnosnie braku uwzględnienia kosztu większości inspekcji terenu budowy Odwołujący stwierdził, że jedyny koszt, który został szerzej opisany w wyjaśnieniach Venstel dotyczy kontroli terenu budowy. Został on jednak wycięty w oparciu o założenie przeprowadzania kontroli raz na dwa tygodnie, tj. czterokrotnie rzadziej niż wymagane w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 30 wzoru umowy do obowiązków wykonawcy będzie należało „przeprowadzanie regularnych inspekcji terenu budowy co najmniej 2 razy w tygodniu sprawdzających co najmniej prawidłowość i jakość wykonywanych robót, zabezpieczenie bezpieczeństwa i zdrowia, jakość używanych materiałów, itp. Każda obecność potwierdzona wpisem do dziennika budowy”. Jednocześnie z uwagi na wykazywane w tych wyjaśnieniach koszty dojazdu (w tym koszty pracy inspektorów) jest oczywiste, iż Venstel nie jest w stanie w ramach zaoferowanej ceny przeprowadzać regularne inspekcje w odstępach czasowych oczekiwanych i wymaganych przez zamawiającego. Obecnie wykazywana przez Venstel kwota kosztów inspekcji terenu budowy to łącznie ok. 38 000 złotych z tytułu 44 wyjazdów. Tych wyjazdów powinno być jednak w okresie realizacji zamówienia ok. 150! Wykazywany poziom zysku Venstel z realizacji zamówienia to ok. 10 800 złotych (suma kwot: zysk i podatek dochodowy). Kwota ta może ulec zmniejszeniu w trakcie realizacji zamówienia, ale i tak nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztu brakujących dojazdów. Te ponad 100 brakujących wyjazdów musiałoby zostać przeprowadzone po koszcie ok. 108 zł za wyjazd. Kwota ta nie wystarczylaby nawet na wynagrodzenie jednego inspektora za czas wyjazdu, nie wspominając o kosztach paliwa.

Powyższe wyliczenia i tak są tylko teorią. W rzeczywistości, jak wykazano we wcześniejszej treści odwołania, wyjaśnienia Venstel pokazują, że żadnego zysku nie będzie - wykonawca ten dokonał sumowania kosztów do ceny brutto i przekraczają one cenę netto jego oferty. Jedyne więc co może Venstel pozostać to podatek VAT do zapłaty. Nie ma więc tutaj żadnego pola manewru na uwzględnienie zwiększonych kosztów realizacji zamówienia. Odnośnie nierealnego poziomu kosztów pracy, Odwołujący stwierdził, że założony przez Venstel poziom kosztów pracy to 30 zł/h. Poziom ten jest nierealny i uniemożliwia zatrudnienie wymaganych przez zamawiającego inspektorów. Jest on praktycznie na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający oczekiwał od wykonawców dysponowania:

1) inspektorem nadzoru posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, posiadającym kwalifikacje wynikające z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i

opiece nad zabytkami z dnia 23 lipca 2003 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 282);

2) inspektorem nadzoru posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

3) inspektorem nadzoru posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych. Są to funkcje specjalistyczne, a pracowników do ich pełnienia nie da się pozyskać w kwocie 30 zł/h pracy (kwota obejmująca wszelkie koszty pracodawcy)! Jak wskazano w wyjaśnieniach odwołującego poziom jego kosztów w tym zakresie został wyliczony na poziomie prawie dwukrotnie wyższym: Koszt godziny pracy inspektora wyliczono w oparciu o wynagrodzeniu wynoszące 7 098,47 brutto (koszt pracodawcy wynosi 8552,23 zł) oraz liczbę godzin pracy w miesiącu oszacowaną na ok. 147 godzin (wymiar czasu pracy pomniejszony o okres urlopu oraz przeciętny okres nieobecności z powodu choroby i innych przyczyn) i wynosi 58,18 złotych. Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, iż wynagrodzenie inspektorów nadzoru znacząco odbiega od rynkowego poziomu Venstel powinien jego wysokość wykazać przy pomocy stosowanych dowodów. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, oraz z wyrok z dnia 10 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1311/21. Odwołujący wskazał, że w przypadku przedmiotowego zamówienia Venstel miał możliwość wykazania poziomu wynagrodzeń inspektorów nadzoru, których zatrudnia lub planuje zatrudnić na czas realizacji zamówienia. Na marginesie Odwołujący wspominał, iż koszt minimalnego wynagrodzenia brutto dla osoby zatrudnionej na etacie wynosi w 2022 roku 3 010 zł, przy czym koszt pracodawcy - powiększony o obciążenia publicznoprawne leżące po stronie pracodawcy - to niecałe 3627 zł miesięcznie. Odliczając okres urlopu i okresy zwolnień daje to minimalny koszt na poziomie ok. 25 zł brutto za godzinę pracy. Oferta Venstel zawiera wycenę pracy inspektorów na poziomie 30 zł za godzinę pracy. Odwołujący ocenił, iż nie da się pozyskać pracowników z wymaganym przez zamawiającego poziomem kompetencji za wynagrodzeniem niewiele wyższym od minimalnego.

W odniesieniu do treści wezwania zamawiającego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia niskiej ceny skierowanego do wykonawców w niniejszym postępowaniu wymienił szereg czynności, które powinny zostać uwzględnione w kalkulacji. Jednakże należy zwrócić uwagę, iż Venstel tylko częściowo odniósł się tych wprost określonych czynności nie wskazując konkretnego sposobu wyliczenia większości z nich, a jedynie grupując je w bardzo szerokie kategorie kosztowe tylko wskazując ich wartość. Wskazanie czynności ze strony zamawiającego nie było wyczerpujące. Co więcej, zamawiający w wezwaniu odwołał się do założenia, że inspektor będzie na budowie przynajmniej raz na 2 tygodnie i przy odbiorach, przy czym postanowienia umowy wymagają takiej obecności dwa razy w każdym tygodniu. Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający wyraźnie wskazał rozpoczynając swoje wyliczenie czynności: „kalkulacja powinna uwzględniać w szczególności”. Odwołujący ocenił, że oznacza to, że wyliczenie to miało charakter przykładowy i wykonawcy na te czynności powinni zwrócić szczególną uwagę. Co więcej, zamawiający jednocześnie jasno określił „w wyjaśnieniach należy przedłożyć kalkulację szczegółową obliczenia ceny (...) z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ oraz istotnych postanowieniach umowy, które stanowią załącznik do SWZ”. Tym samym nawet jeśli uznać, iż zamawiający niefortunnie sformułował treść wezwania w zakresie obowiązku obecności na terenie budowy to nie ma to wpływu na fakt, iż złożone przez Venstel wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie tego wykonawcy. Po pierwsze, z wyjaśnień Venstel nadal wynika, iż zaoferowana przez niego cena nie pokryje wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Po drugie, jeżeli Venstel nie wie jaki jest wymagany przez zamawiającego zakres prac i jeżeli nie zapoznał się z treścią specyfikacji, w tym wzoru umowy, to tylko świadczy to o sposobie ofertowania i kalkulowania cen przez tego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego jest to przedsmak przyszłego sposobu

realizacji zamówienia przez Venstel - wykonawca ten przygotowując wyjaśnienia nie uwzględnił treści wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy, a jedynie na szybko przygotował jednostronicowe wyjaśnienia zapewne uważając, że stanowią one oczekiwaną przez zamawiającego w wezwaniu „kalkulację szczegółową obliczenia ceny”. Po trzecie, treść wezwania do wyjaśnienia niskiej ceny nie może przecież prowadzić do zmiany specyfikacji warunków zamówienia. Wymóg inspekcji dwa razy w każdym tygodniu nadal obowiązuje. Venstel będzie musiał go realizować. Z przedstawionych wyjaśnień już teraz widać, że nie będzie w stanie tego robić w ramach zaoferowanej ceny. Po czwarte, nie można założyć, że gdyby Venstel otrzymał wezwanie o innej treści to nagle jego koszty byłyby inne. Odwołujący stwierdził, że skoro Venstel wskazał koszty w takiej wysokości to kuriozalne byłoby wyjaśnianie tej sytuacji przez formułowanie kolejnego wezwania i oczekiwanie na odpowiedź typu: „jednak moje koszty są niższe, dojazdy są krótsze, a koszty pośrednie to jednak nie 50%, a 30% ceny oferty”. Taka sytuacja oznaczałaby, iż w pierwotnych wyjaśnieniach podane zostały nieprawdziwe informacje. Co więcej, oznaczałoby, że Venstel de facto nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień, a jedynie zrealizował zadanie „tak powstawić liczby, by pasowało”. Dalej Odwołujący stwierdził, że jasne jest, że Venstel przygotowując wyjaśnienia nie dochował należytej staranności i nawet czytelniejsza treść wezwania nie spowodowałaby, że nagle pojawiłyby się wyjaśnienia odnoszące się do wszystkich zadań inspektora, poparte wyliczeniami, a tam gdzie to konieczne, również dowodami.

Odnośnie nieprawidłowej weryfikacji wyjaśnień przez zamawiającego Odwołujący wskazał, że wydaje się, że cena oferowana przez Venstel oparta jest jedynie na zasadzie: „zaoferować mniej niż inni oferenci, a później zobaczymy”. Zamówienia publiczne nie są jednak poligonem doświadczalnym dla wykonawców, którzy chcą sprawdzić, czy uda im się zrealizować zamówienie w oferowanej cenie, czy nie. Właśnie w celu przeciwdziałania takim praktykom - braku podstawowego planowania kosztów na etapie składania oferty i przerzucania związanych z tym problemów na okres realizacji zamówienia powstały przepisy nakazujące odsiewanie ofert składanych bez właściwego oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający musi zbadać m.in. czy wykonawca planuje realizację zamówienia w sposób zgodny z wymogami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy w wyjaśnieniach zostały wskazane wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia, czy została wykazana ich wysokość, wreszcie, czy całość wyjaśnień jest spójna, a przyjęte założenia co do warunków realizacji zamówienia są realne. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1287/14. Odwołujący stwierdził, że oczywistym jest, że nie mają tu znaczenia oświadczenia wykonawcy co do tego, że zrealizuje zamówienie, choćby koszty jego realizacji przekroczyły cenę ofertową. Praktyka pokazuje, że problemy wykonawców często stają się również problemem zamawiającego, który musi walczyć z próbami oszczędzania na realizacji zamówienia niezgodnie z wymogami specyfikacji czy wręcz staje przed dylematem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest dokonywać wszystkich czynności w postępowaniu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dochował tej zasady przy weryfikacji wyjaśnień niskiej ceny Venstel. Jak pokazał wyżej odwołujący złożone przez Venstel wyjaśnienia są nie tylko niepełne, ale również błędnie sporządzone. Błędy te były możliwe do ujawnienia przez zamawiającego w trakcie rzetelnie przeprowadzonej weryfikacji wyjaśnień. Brak jakiegokolwiek odniesienia się do nich przez zamawiającego wskazuje jasno na naruszenie przywoływanej zasady. Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1166/14 Podsumowując Odwołujący stwierdził, że oparta na wadliwych podstawach - ocenie oferty VENSTEL J. D., która powinna zostać odrzucona - czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie może się ostać. Zasadne jest żądanie odwołania, by Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru, a w następstwie dokonanych ustaleń faktycznych, również nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty VENSTEL J. D.

Zamawiający w dniu 10 lutego 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił własną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu, wezwania do wyjaśnień

dotyczących rażąco niskiej ceny skierowanego do Venstel i Odwołującego, wyjaśnienia ww. wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby poddał analizie również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lutego 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. „Remont budynku mieszkalnego oraz mieszkalno-gospodarczego w msc. Gwiździny, gm. Nowe Miasto Lubawskie”.

Zgodnie z rozdziałem XII SWZ Sposób obliczenia ceny:

1. (...)
2. Cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.
3. Wykonawca poda cenę oferty w formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do SWZ, jako cenę brutto (z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów i usług (VAT)) z wyszczególnieniem stawki podatku od towarów i usług (VAT).
4. Cena musi być wyrażona w złotych polskich (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
5. Cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe,
6. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich (PLN).
7. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną ryczałtową podaną cyfrowo a słownie, jako wartość właściwa zostanie przyjęta cena ryczałtowa podana słownie.
8. Wykonawcy ponoszą wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.
9. Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji w formularzu ofertowym, wstawienie w pozycji w formularzu zera jako wartości pozycji - spowoduje odrzucenie oferty, z zastrzeżeniem zapisów zawartych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 3 IPU stanowiącego załącznik do SWZ:

1. Z tytułu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego otrzyma łącznie wynagrodzenie w wysokości:

..... zł netto (słownie:...../100),

plus 23% podatku od towarów i usług w wysokości ....., co

stanowi kwotę brutto ..... zł (słownie: .....00/100).

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem ryczałtowym, tj. zawierającym wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i nie może ulec zmianie przez cały okres obowiązywania umowy określony w § 2 ust. 1-4, a także w sytuacji zmiany terminów na podstawie § 12 ust. 2-3 umowy

3. Zapłata wynagrodzenia określonego w ust. 1 nastąpi na podstawie wystawionych przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego faktur VAT (częściowych oraz końcowej). Faktury będą wystawiane na: Zamawiającego.

4. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może wystawić faktury częściowe określające odpowiednio wartości wykonanej w danym czasie usługi, według poniżej określonych zasad:

1) pierwsza faktura częściowa może być wystawiona nie wcześniej niż po dokonaniu

przez Inspektor Nadzoru Inwestorskiego weryfikacji dokumentacji technicznej oraz opracowaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego uzgodnionego z Wykonawcą robót budowlanych i po zatwierdzeniu go przez Zamawiającego - wartość kwoty ujętej w tej fakturze VAT nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto;

2) wartość kwot ujętych w kolejnych fakturach częściowych będzie proporcjonalna do wartości wykonanych i odebranych w danym czasie robót budowlanych, w ramach przyjętego do realizacji harmonogramu rzeczowo-finansowego. Faktury te będą wystawiane nie częściej niż raz w miesiącu;

3) ostateczne rozliczenie wynagrodzenia Inspektora Nadzoru Inwestorskiego zostanie dokonane

w oparciu o fakturę końcową, której wartość będzie stanowiła różnicę pomiędzy wynagrodzeniem brutto, a wartością kwot brutto objętych wszystkimi fakturami częściowymi. Faktura końcowa może być wystawiona nie wcześniej niż po podpisaniu przez Zamawiającego protokołu, o którym mowa w § 5 ust. 3, zgodnie z zasadami przyjętymi w § 5 ust. 4 umowy.

4) Inspektor Nadzoru Inwestorskiego wystawi fakturę częściową po zweryfikowaniu i zaakceptowaniu przez Zamawiającego zakresu wykonanej usługi. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego zobowiązany jest do wystawienia faktury VAT, do 10-go dnia miesiąca, przy uwzględnieniu postanowień ust. 4.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę wartość szacunkowa zamówienia wynosi 460 776,00 zł. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 199 884,12 zł.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną - 99 989,00 zł brutto, oferta Venstel z ceną - 99 322,50 zł brutto, oferta firmy SK K. Sz. z ceną 142 800 zł brutto oraz oferta firmy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno - Usługowe „Inwestprojekt” sp. z o.o. z ceną 307 500 zł brutto.

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2021 r. wezwał Venstel i Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia

szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny w celu ustalenia, czy Pana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwania wykonawcy złożyli wyjaśnienia (Odwołujący w dn. 4 stycznia 2022 r., a Venstel w dn. 3 stycznia 2022 r.), w których przedstawili uzasadnienie zaoferowanej ceny wraz z jej kalkulacją.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty VENSTEL. Oferta Odwołującego została oceniona w kryteriach oceny ofert jako druga w kolejności i uzyskała 99,33 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle 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 podane w ofercie ceny lub kosztu.

Przywołać należy także art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Jak stanowi ust. 3 wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl ust. 6 tego przepisu 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.

Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaofferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było 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.

Należy podkreślić, iż zgodnie z przepisem ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z Kodeksu Cywilnego w zw. z ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. 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 postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w

postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego w stosunku do oferty Venstel nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Przedmiotem zamówienia są usługi w których głównym kosztem jaki ponosi wykonawca jest koszt osobowy tj. koszt wynagrodzeń osób pełniących określone funkcje oraz ewentualnie koszty dojazdu tych osób na miejsce świadczenia. Oczywiście oferta obejmuje również inne koszty np. koszty administracyjne itp.

Wykonawca Venstel złożył na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia, które odnosiły się do głównych kosztów jakie związane są z realizacją zamówienia, tj. kosztów pracy i kosztów dojazdów. Ponadto wykonawca ten wskazał, iż jego oferta zawiera w swej wycenie koszty pośrednie które stanowią element wyceny oferty. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż o prawidłowości wyjaśnień nie decyduje ich objętość lecz ich treść.

Dostrzeżenia wymagało, że Odwołujący podważał poszczególne elementy wyjaśnień np. kwestie wynagrodzeń, wartość prac w okresie poprzedzającym prace projektowe - jednocześnie samodzielnie nie wykazując niemożliwości świadczenia za kwoty tam wskazane, a jedynie podnosząc w tym zakresie gołosłowne twierdzenia, iż są to kwoty zaniżone. Fakt, iż wykonawca Venstel złożył wyjaśnienia usystematyzowane w określony przez siebie sposób i obejmujące elementy istotne dla realizacji zamówienia, nie może świadczyć o tym, iż wyjaśnienia te są niewłaściwe, jak zdawał się podnosić Odwołujący kwestionując np. okoliczność, iż Venstel częściowo odnosił się do kosztów w kwotach netto, a częściowo brutto nie wykazując stopnia rozliczenia VAT. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotny był również charakter wynagrodzenia jaki wykonawcy otrzymają za realizację zamówienia, a który również determinuje szczegółowość wyjaśnień ceny. Zamawiający przewidział, iż za realizację przedmiotu zamówienia zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe, które to wynagrodzenie zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i nie może ulec zmianie przez cały okres obowiązywania umowy, a także w sytuacji zmiany terminów. Wobec powyższego wykonawca, nie był zobowiązany do kalkulacji ceny oferty wg wzorca zamawiającego lecz mogła ona obejmować również własne założenia wykonawcy. Odwołujący przedstawiał własne wyliczenia odnośnie wartości wyjazdów, sam puentując tę argumentację, iż powyższe wyliczenia i tak są tylko teorią. Wobec tego trudno uznać, iż mogą one stanowić dowód w niniejszej sprawie. Zwrócić należy uwagę, iż wyliczenia Venstel zostały przygotowane w odniesieniu do wezwania Zamawiającego i określonej koniecznej obecności wykonawcy na placu budowy. W ocenie Izby, nie potwierdziła się również argumentacja Odwołującego odnośnie, wyliczenia w składanych przez Venstel wyjaśnieniach, sumy kosztów na kwotę wyższą niż wartość netto jego oferty. Niewątpliwie wartość kosztów pośrednich ujęta w wyjaśnieniach odnosiła się do wartości brutto tej oferty i w sposób nieuprawniony została przyjęta przez Odwołującego jako wartość netto. Venstel wskazał, że cena brutto wynosi 99 322,50 zł, tak więc określone na kwotę 49 661,25 zł koszty pośrednie w wysokości 50% ceny ofertowej mogą odnosić się tylko do wartości brutto tej oferty i nie powinny być sumowane do wartości netto oferty z innymi kosztami podanymi jako wartość netto.

Wskazać należy, iż cena rażąco niska nie została zdefiniowana w ustawie Pzp, lecz Izba wielokrotnie wskazywała jak należy ją definiować. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. (KIO 2640/18) Izba wskazała, że: „O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.” Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uznania, że zaoferowana przez Venstel cena jest ceną rażąco niską. Rażącego charakteru ceny nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił

również Odwołujący. Dostrzeżenia także wymaga, iż było to utrudnione ze względu na minimalną różnicę w cenie oferty Odwołującego i Venstel tj. cena oferty Venstel była niższa od oferty Odwołującego o kwotę 666,50 zł.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 16 pkt 1 oraz z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Venstel, nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, a odwołanie podlega oddaleniu.

Na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....