Sygn. akt: KIO 442/23

Wyrok

z dnia 7 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 roku przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe OK-BUD P. M. ul. Warszawska 103 05-190 Nasielsk oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Gustawa Morcinka 5/36 01-496 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Nasielsk

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę E. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą E. Ł. Dach Ekspert Wrotnów 130, 07-106 Wrotnów

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Nasielsk i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Zmawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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 2022 poz. 1710 z późń. 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: ……

Sygn. akt: KIO 442/23

Uzasadnienie

Zamawiający – gmina Nasielsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja infrastruktury oświatowej gminy Nasielsk" Część 1: Wymiana dachu w szkole podstawowej w Budach Siennickich wraz z remontem pokrycia dachowego w budynku gospodarczym" – nr: IZP.271.34.2022, zwane dalej „Postępowaniem".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp", lub „Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00525767/01 z dnia 30 grudnia 2022 roku.

W dniu 20 lutego 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe OK-BUD P. M. ul. Warszawska 103 05-190 Nasielsk oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Gustawa Morcinka 5/36 01-496 Warszawa, zwanych dalej: „Odwołującym".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dach Expert E. Ł., Wrotnów 130, 07-106 Wrotnów (dalej jako Wykonawca), pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenie czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego, albowiem złożył on w postępowaniu ważną ofertę i uplasował się na drugiej pozycji pośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym ma on interes we wniesieniu odwołania.

W dniu 14 lutego 2023 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w części 1, dotyczącej wymiany dachu w szkole podstawowej w Budach Siennickich wraz z remontem pokrycia dachowego w budynku gospodarczym, wybierając ofertę firmy Dach Expert E. Ł., Wrotnów 130, 07-106 Wrotnów.

W toku postępowania Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, w związku z tym, że cena całkowita oferty ww. Wykonawcy była niższa o 51,83 % od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, żądał od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Powyższe żądanie zostało ograniczone wyłącznie do sformułowania ogólnych przesłanek wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy, tj.:

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

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

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

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

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

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

7. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

Na tak sformułowane wezwanie Wykonawca w dniu 1 lutego 2023 r. udzielił wyjaśnień, dołączając do nich kosztorys uproszczony z zestawieniem materiałów oraz fakturę pro forma.

Przedstawione wyjaśnienia sformułowano w sposób wyjątkowo lakoniczny i nie odnoszący się nawet do przesłanek wskazanych w ustawie, powtórzonych przez Zamawiającego.

W pkt 1, który powinien odnosić się do procesu produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, najszerzej opisanym, wskazano jedynie, że firma posiada specjalistyczny sprzęt do wykonywania robót dekarskich (co powinno być oczywiste przy specyfice przedmiotu zamówienia i w żaden sposób nie wyróżnia oferty wybranego wykonawcy spośród ofert innych wykonawców), który umożliwia szybsze i mniej kosztowne wykonywanie robót, tj. samochody dostawcze, samochody z kontenerami na gruz budowlany, dźwigi dekarskie, podnośniki, a ponadto kontenery socjalne, rusztowanie i tartak.

Należy zwrócić uwagę, że w wyjaśnieniach nie wskazano w najmniejszym stopniu, jaki wpływ na cenę oferty, tj. niższe koszty wykonania prac, miałyby mieć podniesione przez Wykonawcę argumenty i nie znajdują też one żadnego odniesienia w dołączonym do wyjaśnień kosztorysie ofertowym. Przedstawiona w taki sposób argumentacja jest zatem nieweryfikowalna i powinna zobowiązywać Zamawiającego do żądania od Wykonawcy złożenia szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia stosownych dowodów.

Zamiast tego w wyjaśnieniach przedstawiono zdjęcia pojazdów, w tym jeden z banerem reklamowym z nazwą firmy Dach Expert i numerem telefonu, który na stronie tejże firmy (1437/ - dostęp 19 lutego 2023 r.) zawiera dane zupełnie innego podmiotu gospodarczego.

Nie przedstawiono żadnych innych dowodów - choćby z dokumentów - wskazujących, że firma w rzeczywistości posiada własny wyspecjalizowany sprzęt, urządzenia i flotę pojazdów.

W wyjaśnieniach dotyczących tego punktu opisano także inwestycję wymiany pokrycia dachu w Liceum Sztuk Plastycznych w Supraślu w technologii rąbka podwójnego oraz w karo z blachy miedzianej, która nie ma zastosowania w zadaniu będącym przedmiotem zamówienia publicznego Gminy Nasielsk. Uzasadnienie więc niskich kosztów złożonej oferty pracami wykonywanymi w innej technologii, na dodatek pracami kosztogennymi, jest zupełnie nielogiczne.

Wskazano również, że firma dysponuje wykwalifikowanymi dekarzami z 25-letnimm doświadczeniem, co pozostaje w całkowitej sprzeczności ze złożona ofertą, w której wskazano, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przy pomocy podwykonawców, a firma podwykonawcy na dzień składania oferty jest nieznana.

Odnośnie pkt 2 wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tj. wskazania wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, przedłożona odpowiedź zawierała zaledwie jedno zdanie, nie odpowiadające zapytaniu, wskazujące na przyjętą stawkę roboczogodziny w kwocie 25 zł netto, która w istocie nie odbiega od średnich cen stawek robocizny kosztorysowej w skali kraju, publikowanych przez wydawnictwo Sekocenbud, zatem pomijając nawet fakt, że udzielona odpowiedź jest niezgodna zapytaniem zawartym w wezwaniu, stawka ta nie

wyjaśnia ceny oferty niżej aż o ponad 50 procent od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu.

Co do pkt 3 oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę – odpowiedź ograniczono do przedłożenia kosztorysu ofertowego wskazując, że oferowana blacha produkowana jest przez firmę Ruukki. Przedstawiony kosztorys, powiązany z dołączoną również fakturą pro forma, zawiera rażące błędy i nie odpowiada Programowi Funkcjonalno-Użytkowemu przedmiotu Zamówienia. Przykładowo można wskazać następujące istotne składniki, mające wpływ na zaniżoną cenę:

- wyceniono blachę Ruukki grubości 0,5 mm, podczas gdy w założeniach PFU jest znacznie droższa blacha 0,7 mm, dodatkowo zaś blacha w wykończeniu purmat, zgodna z PFU, w ofercie handlowej firmy Ruukki dostępna jest tylko na specjalne zamówienie,

- podobnie w wycenie przyjęto blachę na obróbki blacharskie grubości 0,5, podczas gdy w PFU również wymagana jest blacha 0,7,

- zastosowano folię poliuretanową w cenie 9,74 zł, zamiast zastosowania folii wstępnego krycia i maty strukturalnej o wysokości 8 mm ze splątanych włókien; mata strukturalna (1 m2) kosztuje 29,05 zl/m2,

- w zestawieniu materiałów przyjęto deski zamiast bali, które to powinny być zastosowane jak konstrukcja więźby dachowej, na dodatek przyjęto zaniżoną cenę desek 25 mm w wysokości 1300,00 zł, podczas gdy średnia cena SEKOCENBUD I kwartał 2023 wynosi 1588,98 zł,

- w wyliczeniu wskazano nieprawidłowy parametr rozbiórki komina (w kosztorysie winno być 9,45 m3 a jest 6,50),

- w ogóle nie uwzględniono kosztu wywozu materiałów pochodzących z rozbiórki i niebagatelnych kosztów ich utylizacji.

Pkt 4 wezwania Zamawiającego zawierał zadanie wyjaśnienia w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Udzielona odpowiedź wykonawcy nie jest zgodna z tematem zapytania. Wskazano w niej, że wycena materiałów niezbędnych do wykonania robót wynosi 149.000 zł, a łącznie koszty, powiększone o robociznę w kwocie 104.000 zł wynoszą w rezultacie 253.000 zł. Tymczasem dane te, przy wszystkich zastrzeżeniach co do ich prawidłowości wskazanych wyżej, są niezgodne z innym dokumentem przedstawionym przez Wykonawcę, albowiem z zestawieniu materiałów niezbędnych do wykonania zadania wskazano kwotę netto 183.994,47zł.

Należy podnieść, że na zawarte w wezwaniu Zamawiającego kolejne pytania, określone w pkt 5-8, w tym dotyczące zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska

(np. kwestia utylizacji materiałów pochodzących z rozbiórki) lub wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (którego udział w realizacji został w ofercie tego wykonawcy przewidziany), nie udzielono żadnych wyjaśnień.

Reasumując, zaoferowana cena i koszty, w swoich istotnych częściach składowych, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zostały poparte rzetelnymi dowodami w zakresie wyliczenia ceny, kosztów i ich istotnych części. Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są też niekompletne i zbyt ogólne, aby mogły pozwolić na dokonanie oceny oferty jako nie zawierającej rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te wobec stopnia ich ogólności, ale także nieprawidłowych wyliczeń (niezgodnych z PFU), zawierających również wewnętrzne sprzeczności, nie wskazały w sposób klarowny i wyczerpujący czynników mających wpływ na prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów, a zatem oferta firmy Dach Expert E. Ł., zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna być odrzucona.

Pismem z dnia 6 marca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony

prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę E. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą E. Ł. Dach Ekspert Wrotnów 130, 07-106 Wrotnów, w wyniku wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę oraz koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty,

sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, - a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Izba podziela stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie

uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc… przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc…) i możliwe jest wsparcie

tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc…) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Wykonawcę nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Treść wyjaśnień sprowadzała się jedynie do oświadczenia o posiadaniu specjalistycznego sprzętu do wykonania robót dekarskich, takiego jak: samochody dostawcze, samochody z kontenerami na gruz budowlany, dźwigi dekarskie, podnośniki koszowe, HDS, kontenery socjalne, rusztowań i tartaku, bez żadnego wyjaśnienia, jak powyższe przekłada się na możliwość zaoferowania obniżonej ceny, oraz wskazaniu przyjętej stawki roboczogodziny w wysokości 25 zł netto. Znaczna część wyjaśnień rażąco niskiej ceny to fotografie posiadanych samochodów, budynków - w których wykonana była wymiana pokrycia dachowego oraz informacje o posiadanym doświadczeniu. Wykonawca do wyjaśnień załączył również kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie PFU oraz fakturę Pro Forma na łączną kwotę 148 424, 44 zł.

Biorąc pod uwagę, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę była niższa o 51,83% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, oraz ok. trzykrotnie niższa o ilości środków przeznaczonych przez Zamawiającego (cena oferty: 392.811,89 zł brutto/ilość środków na realizację zamówienia 1.200.000,00 zł), w kontekście odwróconego ciężaru dowodowego, to wyjaśnienia Wykonawcy co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę winny być opracowane w sposób szczegółowy, rzetelny, przy uwzględnieniu należytej staranności w taki sposób, aby rozwiać wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W

wyjaśnieniach Wykonawca winien również odnieść się do wszystkie okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 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, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska oraz wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Tymczasem w ocenie Izby, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi dowodami udzielone w dniu 1 lutego 2023 r. są bardzo ogólne, lakoniczne i niekompletne. Brak jest w nich jakiejkolwiek argumentacji i wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Wykonawca powołuje się na posiadanie sprzętu do wykonania robót dekarskich, jednak jak słusznie podkreślił Odwołujący, nie jest to żadna okoliczność szczególna, która wyróżniałaby tego Wykonawcę na tle innych, zajmujących się tego rodzajem działalnością, pozwalająca na zaoferowanie ceny niższej niż, cena innych wykonawców. Wskazany sprzęt nie jest sprzętem szczególnym, innowacyjnym, nowatorskim, pozwalającym na optymalizację kosztów, lecz typowym, zazwyczaj używanym do tego rodzaju prac, którym może dysponować każdy wykonawca w danej branży. Złożone wyjaśnienia nie zawierały również informacji o np. kosztach utylizacji, a jak podniósł Odwołujący podczas rozprawy, koszty rozbiórki (poz. 2.3 i 2.4 kosztorysu) to koszty nierealne, znacznie zaniżone. Odwołujący zakwestionował także zaoferowaną ilość drewna, jako niewystarczającą do należytego wykonania zamówienia. Do czego Zamawiający nie potrafił się odnieść.

Podkreślenia wymaga również, że pomimo braku w wycenie kosztorysowej wszystkich elementów cenotwórczych, to jego wartość pokrywa się z ceną podaną w ofercie. Wskazuje to zatem na niekompletną wycenę przedmiotu zamówienia.

Co więcej, złożone wyjaśnienia ceny wraz dowodami, tj. fakturą Pro Forma i kosztorysem ofertowym potwierdziły - co słusznie zarzucił Odwołujący - że niektóre z istotnych elementów składowych oferty nie odpowiadają Programowi Funkconalno-

Użytkowemu, na podstawie którego ma zostać wykonane zamówienie - co Zamawiający całkowicie pominął dokonując czynności oceny ofert.

Dotyczy to w szczególności takich elementów jak np. blacha dla wykonania pokrycia dachowego, czy zastosowana folia wstępnego krycia.

Zamawiający w treści PFU (str. 11) wymagał zastosowania blachy o grubości min. 0,7 mm, tymczasem wyjaśnienia ceny Wykonawcy wykazały, że ofertuje on blachę o grubości 0,5 mm.

Podobnie, w treści PFU (str. 12) Zamawiający wymagał zaprojektowania folii wstępnego krycia o gramaturze min 200 g/m2, natomiast Wykonawca zaoferował folię polieretanową o grubości 0,2 mm.

Powyższe, w ocenie Izby, stanowi zaprzeczenie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za ceną zaoferowaną w ofercie Wykonawcy.

Izba zwraca uwagę, że jakkolwiek podziela argumentację Odwołującego, dotyczącą niezgodności powyższych elementów cenotwórczych z PFU, to okoliczność ta nie stanowi błędu w obliczeniu ceny (art.226 ust. 1 pkt 10 Pzp), lecz świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jednakże w orzecznictwie wskazuje się, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazanie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Zatem, pomimo przywołania przez Odwołującego błędnej podstawy prawnej, sam zarzut należało uznać za zasadny.

Reasumując, złożone wyjaśnienia ceny nie uzasadniły ceny podanej w ofercie jako niewypełniającej przesłanek rażąco niskiej ceny. Ponadto potwierdziły one niezgodność oferty z warunkami zamówienia, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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: ……