

Sygn. akt: KIO 459/23

## WYROK

z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Kaliską im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego z siedzibą w Kaliszu,

przy udziale wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 3 i nakazuje zamawiającemu:
  - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 3 Postępowania,
  - wezwanie wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny,
  - powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć po ½ odwołującego – Agencję Inwestycyjną Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu oraz zamawiającego – Akademię Kaliską im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego z siedzibą w Kaliszu i:
  - 3.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 34,00 zł (słownie: trzydzieści cztery złote 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw;
  - 3.2. zasądzić od zamawiającego – Akademii Kaliskiej im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego z siedzibą w Kaliszu na rzecz odwołującego – Agencji Inwestycyjnej Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu kwotę 5 567,00 zł (słownie: pięć tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: .....

Sygn. akt KIO 459/23

Uzasadnienie

Akademia Kaliska im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego z siedzibą w Kaliszu (dalej: „Zamawiający” oraz

„Akademia Kaliska”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego: Przebudowa wraz ze zmianą sposobu

użytkowania budynku w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Adaptacja budynku po banku BGK na potrzeby administracyjno-dydaktyczne Akademii Kaliskiej wraz

z zagospodarowaniem otoczenia zabytku” (Nr referencyjny: I.DZP.23110.Tp1-4.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 26 stycznia 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00060186/01.

Pismem z dnia 15 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania w zakresie zadania nr 1 i nr 3.

20 lutego 2023 r. wykonawca Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący” oraz „Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k.”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu ze względu na rażąco niską cenę oraz ze względu na niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zadaniu nr 1;
- 2) dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu w zadaniu nr 1, tj. przy zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 3) zaniechaniu wezwania wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 3;
- 4) dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3 bez

dokonania oceny, czy oferta wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1, 2 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie oraz niezastosowanie w sytuacji, w której:

- a) w przypadku zadania nr 1 z wyjaśnień wykonawcy wynika, że:
  - 1) nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów wykonania zadania;
  - 2) jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia nie pozwalają uznać, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- b) w przypadku zadania nr 3 Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż zaistniały przesłanki do wezwania wykonawcy do założenia takich wyjaśnień;

co w konsekwencji skutkowało również naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu w zadaniach nr 1 i 3;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym w przypadku zadania nr 1 – powtórzenia czynności badania ofert oraz oceny wyjaśnień wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu w zakresie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty tego wykonawcy, a w przypadku zadania nr 3 – powtórzenia czynności badania oferty oraz wezwania wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i dokonania badania oceny oferty tego wykonawcy z uwzględnieniem tych wyjaśnień;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w zakresie zadania nr 1 Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wyjaśnienia wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu (dalej: „A.K.” oraz „BUDOMAN”) nie tylko nie wykazywały, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale wręcz przeciwnie – potwierdzały rażąco niską cenę oferty, a dodatkowo zawierały

oświadczenia, z których wynika, że wykonawca nie oszacował wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a jego oferta jest wobec tego niezgodna z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. podniosła, że A.K. nie ujął w swojej ofercie żadnych innych kosztów poza kosztami pobytów na budowie w trakcie realizacji robót budowlanych, nie uwzględnił żadnych kosztów ogólnych ani związanych z utrzymaniem prowadzonej działalności gospodarczej, tym samym nie wykazał, że złożone przez niego oświadczenie w formularzu oferty: „w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia” jest prawdziwe. Zdaniem Odwołującego taka treść oferty i przedmiot zamówienia zaoficerowany przez wykonawcę nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia i świadczy o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Niezgodność taka polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. wskazała, że w tym kontekście przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się przede wszystkim do treści oferty, wskazując, iż zamawiający odrzuca ofertę gdy zaoficerowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia – co ma wprost miejsce w tym przypadku.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający tak w SWZ, jak i w projekcie umowy sprecyzował listę czynności, których wykonania oczekuje od oferentów i nie ogranicza się ona li tylko do pobytów na budowie. Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. zaznaczyła, że BUDOMAN w kalkulacji swojej oferty nie wskazał kosztów narzędzi potrzebnych mu do wykonania wymaganych czynności. W §2 ust 4. ppkt n) projektu umowy Akademia Kaliska oczekuje od oferenta: „w okresie gwarancji na wykonane roboty do uczestniczenia w komisjach powołanych do stwierdzenia ewentualnych wad nadzorowanych robót, a w przypadku ich stwierdzenia do sprawowania nadzoru nad ich usunięciem przez Wykonawcę robót w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w umowie (...)”. Odwołujący podkreślił, że koszty związane z tymi czynnościami zostały w ogóle pominięte w przedstawionej przez A.K. kalkulacji ceny – co stanowi o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. podniosła, że BUDOMAN nie ujął w ofercie żadnych kosztów związanych z faktem prowadzenia działalności gospodarczej (m.in. koszty biurowe, koszty księgowość, koszty pracownicze itp.). Wśród kosztów, które w ocenie Odwołującego pominął A.K. znajdują się w szczególności koszty zakupu materiałów biurowych (ryz papieru, długopisów, pieczętek, tonera do drukarki, opłaty wynikające ze zużycia prądu i innych mediów potrzebnych do prowadzenia działalności, opłaty za transmisję danych, telefony, utrzymanie biura itp.) oraz np. koszty związane z wystawianiem comiesięcznych faktur za usługę nadzoru w danym okresie realizacji inwestycji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zadania nr 3 Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. wskazała, że wobec wartości pozostałych ofert złożonych w ramach tego zadania, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „T. K.” oraz „Twój Elektryk”) do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, czego nie uczynił. Odwołujący podkreślił, że w konsekwencji naruszenie Akademii Kaliskiej w tym zakresie polega na zaniechaniu wezwania wykonawcy Twój Elektryk do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 3 i dokonaniu oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3 bez dokonania oceny, czy oferta T. K. nie zawiera rażąco niskiej ceny.

2 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania nr 1 i nr 3, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem B. ust. 6 SWZ „Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego: Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Adaptacja budynku po banku BGK na potrzeby administracyjno-dydaktyczne Akademii Kaliskiej wraz z zagospodarowaniem otoczenia zabytku” w podziale na 3 zadania. Zadanie nr 1- Inspektor Nadzoru Inwestorskiego specjalność konstrukcyjno-budowlana Zadanie nr 2-Inspektor Nadzoru Inwestorskiego specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i

kanalizacyjnych Zadanie nr 3 - Inspektor Nadzoru Inwestorskiego specjalność instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia dla zadania nr 1 wynosi 169 472,36 zł, natomiast dla zadania nr 3 – 63 678,34 zł.

Wykonawca A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A.K. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMAN” z siedzibą w Kaliszu złożył ofertę w Postępowaniu dla zadania nr 1 za łączną cenę brutto 33 948,00 zł.

Pismem z dnia 6 lutego 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do A.K. o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Akademia Kaliska wskazała, że procedura wyjaśniająca w zakresie ceny oferty w celu ustalenia czy jest ona rażąco niska została wszczęta na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ cena oferty BUDOMAN w zadaniu nr 1 jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający przypomniał, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Nadto Akademia Kaliska podkreśliła, że będzie brała pod uwagę konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, które jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Zamawiający zaznaczył, że należy wskazać okoliczności, które w ocenie wykonawcy wpływają na obniżenia ceny oraz wykazać sposób tego wpływu.

W wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny A.K. wskazał, że wszystkie czynności wynikające z pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wykonuje osobiście co wyklucza inne koszty niż te związane z jednoosobowym i osobistym wykonywaniem obowiązków w ramach pełnienia tej funkcji. Przystępujący podkreślił, że koszty te wiążą się z dojazdami do miejsca inwestycji i ewentualnie siedziby Zamawiającego oraz dokumentowaniem procesu inwestycyjnego. Ponadto A.K. poinformował, że jest zatrudniony w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego w Kaliszu (dalej: „PINB w Kaliszu”) w niepełnym wymiarze czasu. Z wspomnianego zatrudnienia wynika odniesienie Przystępującego do oczekiwanego wynagrodzenia. BUDOMAN przedstawił wyliczenie, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wypełnienia swoich obowiązków wobec Zamawiającego, które dało kwotę 57,50 zł za godzinę pracy wykonawcy. A.K. nadmienił, że mając bardzo duże doświadczenie w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na zadaniach podlegających ustawie Pzp (kilkaset realizacji), zna również przeliczniki wywodzące się z procentowego udziału kosztów pracy inspektora nadzoru inwestorskiego w wartości inwestycji. Co więcej, Przystępujący zaznaczył, że dodatkową sprzyjającą dla niego okolicznością, która wyróżnia go od pozostałych ofert jest stałe zamieszkanie w mieście realizacji inwestycji i w związku z tym nieponoszenie tak istotnych kosztów dojazdu oraz nieprzeznaczanie takiej ilości czasu na dojazdy. Kolejną sprzyjającą okolicznością jest jego stałe miejsce zatrudnienia w PINB w Kaliszu, odległym o kilkaset metrów od miejsca inwestycji (dojście pieszo poniżej 10 minut), co pozwala nie uwzględniać dodatkowych nakładów na dojazdy a posiada dodatkowy atut, możliwości szybszej reakcji w nagłych potrzebach pobytu inspektora na budowie. Ostatnim z atutów ze strony BUDOMAN jest znajomość obiektu, który Przystępujący poznał podczas nadzorowania kilku robót w kilku ostatnich latach oraz w dawnych okresach. A.K. podkreślił, że wykonywał również przeglądy techniczne budynków pod tym adresem. Zdaniem Przystępującego powyższe okoliczności dadzą mu na początku przewagę mniejszego nakładu czasu na zapoznanie się ze specyfiką tego zadania. Jest to jednocześnie dowodem na świadome kształtowanie oferty. Odnosząc się do wymogu odnoszącego się do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy A.K. podkreślił, że minimalne wynagrodzenie za pracę od stycznia 2023 r. wynosi 3 490,00 zł brutto a minimalną stawkę dotyczącą umów stanowi kwota 22,80 zł za godzinę. Przystępujący – mając na uwadze sporządzone wyliczenia, do których przyjął kwotę 57,50 zł netto – oświadczył, że wymóg 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 2019 r. poz. 1564), został zawiązką spełniony.

W Postępowaniu dla zadania nr 3 zostały złożone cztery oferty:

- 1) wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój

Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie za łączną cenę brutto 65 190,00 zł;

- 2) wykonawcy Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą

w Poznaniu za łączną cenę brutto 137 760,00 zł;

- 3) wykonawcy Mas-Projekt A. S. z siedzibą w miejsc. Mosina za łączną cenę

brutto 119 560,00 zł;

- 4) wykonawcy Inżynieria Budowlana D. Z. z siedzibą w miejsc. Łask za łączną

cenę brutto 131 093,40 zł.

Oferta wykonawcy Inżynieria Budowlana D. Z. z siedzibą w miejsc. Łask w zakresie zadania nr 3 została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp (pismo z dnia 15 lutego 2023 r.).

Cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę Twój Elektryk na zadanie nr 3 jest niższa o około 42 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

15 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 tj. wykonawcy BUDO-MAN oraz w zakresie zadania nr 3 – oferty wykonawcy Twój Elektryk.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Twój Elektryk T. K. z siedzibą w Pruszkowie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 3. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało natomiast oddaleniu.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. 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.

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

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

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

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

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

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

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

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (...).”

Art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...).”

Mają na uwadze wyżej wymieniony przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała, że spełniona została przesłanka do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie prawidłowości zaoferowanej przez T. K. ceny oferty w zakresie zadania nr 3, gdyż cena całkowita oferty wskazanego wykonawcy jest niższa o około

42 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut odwołania dotyczący zadania nr 3 Izba oceniała kwestię istnienia obowiązku skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia ceny w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia wskazanej powyżej różnicy między ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, ma charakter wyjątkowy. Wynika to wprost z brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który jako zasadę określa obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”), a jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość zaniechania takiego wezwania („chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”). W związku z tym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Oznacza to, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu 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 zamawiającym (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2686/21). Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy

Pzp zasadnym jest zatem przyjęcie, że różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można jednak odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista) (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 983/22).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że Izba nie podzieliła stanowiska Akademii Kaliskiej przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym Zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawcy Twój Elektryk do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż rozbieżność cen w zadaniu nr 3 wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zdaniem Zamawiającego taką okolicznością jest fakt, że ceny ofert złożonych w ramach zadania nr 3 zostały zawyżone. Akademia Kaliska uznała, że wartość zamówienia jest doszacowana i cena oferty T. K. nie jest zawyżona. Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, iż w Postępowaniu w zakresie zadania nr 3 zaszły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Za taką okoliczność nie może bowiem zostać uznane wyłącznie gołosłowne powoływanie się na fakt zawyżenia cen ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Podkreśleniu wymaga, że pozostałe trzy oferty złożone w zakresie zadania nr 3 zawierały ceny około dwukrotnie wyższe od ceny oferty wykonawcy Twój Elektryk jak również znacznie wyższe od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT, co w ocenie Izby winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości szacowania wartości zamówienia i realności ceny oferty T. K.. Na powyższe wskazuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2018 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2499/18, na który powołuje się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w którym skład orzekający stwierdził: „(...) 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 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 (...)”. Sytuacja zaistniała w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie pozwala zatem na automatyczne uznanie, że mamy do czynienia z okolicznością oczywistą niewymagającą wyjaśnienia tj. dokonania jakiegokolwiek analizy, gdyż wyłącznie cena oferty T. K. oscyluje wokół kwoty 65 000,00 zł, natomiast ceny pozostałych trzech ofert mieszczą się w przedziale od 119 560,00 zł do 137 760,00 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Akademia Kaliska nie wykazała wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających na odstąpienie od wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji zaistnienia przesłanek wynikających z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający winien był zastosować procedurę przewi-

dzianą w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaferowana przez T. K. cena w ramach zadania nr 3 nie jest ceną rażąco niską

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 1 należy wskazać, że podlegał on oddaleniu.

W kontekście rozpoznawanego zarzutu podkreślić należy, że to treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaferowanej ceny, nie zaś twierdzenia konkurencyjnych wykonawców dotyczące elementów kalkulacji oferty podlegających wyjaśnieniu. Przy ocenie samych wyjaśnień należy zatem uwzględniać treść wezwania skierowanego do wykonawcy. To rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 58/22).

W ocenie Izby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez A.K. korespondowały z zakresem wezwania do wyjaśnień ceny oferty z dnia 6 lutego 2023 r. Wykonawca BUDOMAN w co najmniej należyty sposób odpowiedział na skierowane do niego wezwanie, które – co istotne – miało charakter bardzo ogólny i sprowadzało się do zacytowania art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznała, że Przystępujący w wystarczający sposób opisał sposób kalkulacji ceny złożonej

oferty, a także wskazał na okoliczności, które jego zdaniem mają wpływ na obniżenie ceny. Tym samym należało stwierdzić, że A.K. w należyty sposób wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Słusznie bowiem podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca ma prawo wycenić usługi na podstawie swoich założeń i swojej polityki cenowej. Zdaniem Akademii Kaliskiej wykonawca BUDOMAN wykazał, że nie będzie wykonywał usługi „po kosztach” a jego ceny odpowiadają cenom rynku, w obrębie którego wykonuje swoje usługi. Przede wszystkim A.K. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą i osobiście wykonuje obowiązki w ramach pełnienia funkcji inspektora nadzoru. Ponadto wykonawca BUDOMAN zaznaczył, że dokonując kalkulacji ceny wziął pod uwagę wynagrodzenie jakie otrzymuje w PINB w Kaliszu oraz fakt, że w związku z stałym miejscem zamieszkania i pracy w mieście realizacji inwestycji nie będzie ponosił kosztów z tego tytułu. Należy również podkreślić, że przyjęta przez Przystępującego stawka 57,50 zł za godzinę pracy jest ponad dwukrotnie wyższa od minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od 1 stycznia 2023 r., a także od stawki prognozowanej od 1 lipca 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem Izby A.K. przedstawił wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których wymienił obiektywne czynniki wpływające na możliwość obniżenia ceny oraz wykazał, jakie znaczenie dla ceny oferty miały wskazane przez niego okoliczności. Przystępujący powołał

się bowiem na fakt prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej i zamiar osobistego wykonania wszystkich czynności wynikających z pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, przy obniżonych zobowiązaniach wobec ZUS oraz na lokalizację przedsiębiorstwa w mieście realizacji inwestycji. Nie można zatem stwierdzić, że są to okoliczności dotyczące każdego wykonawcy. Osobiste wykonanie zakresu prac przez wykonawcę prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą niewątpliwie stanowi okoliczność sprzyjającą obniżeniu kosztów, w porównaniu do wykonawcy, który musi zatrudnić personel do wykonania określonych czynności. Podobnie, trudno odmówić znaczenia okoliczności miejsca zamieszkania i wykonywania działalności w mieście inwestycji, podczas gdy np. siedziba Odwołującego znajduje się w Poznaniu tj. około 150 km od miejsca prowadzenia robót. W ocenie Izby wskazane przez wykonawcę BUDOMAN okoliczności niewątpliwie mogły mieć wpływ na redukcję kosztów wykonania zamówienia.

Ponadto należy podkreślić, że jeśli Odwołujący był zdania, że kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach Przystępującego miała nierealny charakter, to był obowiązany udowodnić swoje twierdzenia. Tymczasem Agencja Inwestycyjna sp. z o.o. sp.k. poprzestała na gólosłownych twierdzeniach dotyczących braku uwzględnienia w ofercie wykonawcy BUDOMAN żadnych innych kosztów poza kosztami pobytów na budowie w trakcie realizacji robót budowlanych, w szczególności kosztów związanych z czynnościami, o których mowa w §2 ust 4. ppkt n) projektu umowy, kosztów ogólnych oraz związanych z utrzymaniem prowadzonej działalności gospodarczej i w konsekwencji braku ujęcia w ofercie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co więcej, istotnym jest zaznaczenie, że Odwołujący nie określił żadnych kwot, które – jego zdaniem – zostały pominięte w kalkulacji ceny oferty wykonawcy BUDOMAN.

Mając na uwadze powyższe koniecznym jest uznanie, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, które wskazywałyby, że zaoferowana przez wykonawcę BUDOMAN cena jest rażąco niska. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, 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. Skład orzekający w niniejszej sprawie rozpoznając zarzut

dotyczący rażąco niskiej ceny podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut 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. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18).

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę oraz niezgodność oferty z warunkami zamówienia w ramach zadania nr 1.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....