Sygn. akt KIO 2872/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dach Styl M.K.S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim oraz M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tres-bud, Usługi ogólnobudowlane M. T., w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Zab-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dach Styl M.K. S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim oraz M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tres-bud, Usługi ogólnobudowlane M. T., i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dach Styl M.K. S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim oraz M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tres-bud, Usługi ogólnobudowlane M. T., tytułem wpisu od odwołania,

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Dach Styl M.K. S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim oraz M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tres-bud, Usługi ogólnobudowlane M. T., kwoty 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania w wysokości większej niż należna.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt KIO 2872/24

UZASADNIENIE

W dniu 12 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dach Styl M.K. S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim oraz M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tres-bud, Usługi ogólnobudowlane M. T., (dalej jako „Odwołujący") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Budowa budynku Urzędu Skarbowego oraz magazynu depozytowego w Radzyniu Podlaskim wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą." (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (dalej jako „Zamawiający").

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. „art. 16 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się, pomimo, iż oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – co skutkowało naruszeniem zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania oferentów [wykonawców]",

2. „art. 16 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy poprzez niezasadne i bezpodstawne dokonanie wyboru wykonawcy ZAB – BUD Sp. o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, iż była mniej korzystna".

Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty ZAB – BUD Sp. o.o.,

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się,

3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Zab-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 maja 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00345678/01.

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 1 lipca 2024 r. pismo (dalej jako „Wezwanie1") o treści „I. Wezwanie do wyjaśnienia oferty pod kątem rażąco niskiej ceny Szanowni Państwo, Izba Administracji Skarbowej w Lublinie, dalej „zamawiający", działając na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp" informuje, że w toku badania Państwa oferty złożonej w ww. postępowaniu stwierdziła, że zaoferowana przez Państwa cena oferty jest niższa o 32,56% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. W zaistniałej sytuacji zachodzi konieczność wyjaśnienia, czy zaoferowane przez Państwa cena oferty nie jest rażąco niska. Obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. W związku z powyższym, zamawiający, działając na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp", zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, które winny dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności 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. Zamawiający informuje, że: 1) oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podlega odrzuceniu, na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę; 2) jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. (…)".

Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo (dalej jako „Wyjaśnienia1") o treści „W odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, podnosimy, iż cena zaoferowana przez Partnerów została wyliczona z uwzględnieniem wszystkich wymogów SWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, a ponadto cena przewyższa koszty jakie oferent poniesie na realizację zamówienia, tj. gwarantuje wykonanie zamówienia z zyskiem dla przedsiębiorcy oraz zagwarantowaniem realizacji zadania na rzecz zamawiającego przez cały okres zamówienia i w standardach odpowiadających SWZ. Wykonawca gwarantuje oryginalność oferowanych usług. Kalkulacja ceny ofertowej przewiduje realizację zadań objętych zamówieniem wyłącznie przy użyciu własnych narzędzi i urządzeń wykonawcy jak również pracowników zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umów o pracę z zapewnieniem im płacy i zabezpieczenia emerytalnego na poziomie przewidzianym przepisami powszechnie obowiązującymi. W załączeniu: zestawienia: ogólny koszt zatrudnienia pracowników za 2023 r. oraz za okres I – VI 2024 r dla Partnera I Nadmienić również należy, iż cena ofertowa jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów z uwagi na niższe koszty obsługi zamówienia. W tym miejscu wyjaśnić należy, iż Partnerzy działają na lokalnym rynku usług budowlanych od kilkunastu lat a ponadto dysponują własnymi maszynami i urządzeniami budowlanymi oraz bazy Partnerów zlokalizowane w miejscowości bądź niedużej odległości od miejsca realizacji zamówienia, co znacznie obniża koszty realizacji zamówienia, takie jak zużycie paliwa, koszty delegacji oraz zakwaterowania pracowników, itp. Ponadto, podnieść należy, iż wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w cenie, która pozwoli na wybudowanie 1 m kw. obiektu, nie przekraczającej wartości wykazanych w tabeli nr 1.

Tabela 1. Sposób kalkulacji ceny ofertowej na potrzeby przedmiotowego postępowania

l.p.	element	ilość	j.m.	cena jednostkowa netto	wartość netto
1	Budynek US - piwnica	425,61	m^2	6 500,00 zł	2 766 465,00 zł
2	Budynek US - parter	449,82	m^2	6 400,00 zł	2 878 848,00 zł
3	Budynek US - piętro	439,05	m^2	6 400,00 zł	2 809 920,00 zł
SUMA CZĘŚCIOWA NETTO					8 455 233,00 zł
41	Budynek - garaż	948,32	m^2 1	5 500,00 zł	5 215 760,00 zł
SUMA CZĘŚCIOWA NETTO					13 670 933,00 zł

5	Utwardzenia	370,30	m²	210,00 zł	778 953,00 zł
SUMA CZĘŚCIOWA NETTO					14 449 946,00 zł
6	Serwisowanie	10	lat	428 102,78 zł	428 102,78 zł
SUMA KOŃCOWA NETTO					14 878 048,78 zł
PODATEK VAT (23%)					3 421 951,22 zł
SUMA KOŃCOWA BRUTTO					18 300 000,00 zł

W podsumowaniu podnieść należy, iż zaoferowana cena uwzględnia wszystkie wymagania przewidziane w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Wykonawca oświadcza, iż obecny poziom zatrudnienia, jak i kosztów zatrudnienia pracowników Partnerów pozwala na utrzymanie wyceny inwestycji na poziomie zaproponowanym w ofercie, która to uwzględnia już wszystkie elementy realizacji inwestycji, zarówno ewentualny wzrost cen materiałów, jak i wynagrodzeń pracowniczych".

Wraz z Wyjaśnieniami1 Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokument o treści „DACH STYL M.K. S. SPÓŁKA JAWNA m-c/rok ROK-2023 OGÓLNY KOSZT ZATRUDNIENIA PRACOWNIKÓW

ZUS	EMERYTURA	RENTA	CHOROBA	WYPADEK	RAZEM	ZDROWOTNE
podstawa	824361.98		824361.98		X	715038.52
pracownik	80457.32	12365.43	20197.36	X	113020.11	64300.18
pracodawca	80457.32	53583.56	X	6925.04	140965.92	X

Fundusze	FP	FGŚP	FEP	RAZEM
pracodawca	20197.36	824.35	0.00	21021.71

SKŁADKI RAZEM	SPOŁECZNE	ZDROWOTNE	FP+FGŚP	FEP	RAZEM	PPK
pracownik	113020.11	64300.18	X	X	177320.29	0.00
pracodawca	140965.92	X	21021.71	0.00	161987 .63	0.00
RAZEM	253986.03	64300.18	21021.71	0.00	339307.92	0.00
wypłacone świadczenia	-2650.83	X	X	X	-2650.83	X
świadczenia z budżetu	0.00	X	X	X	0.00	X
wynagrodzenie płatnika	0.00	0.00	X	X	0.00	X
do wpłacenia do ZUS	251335.20	64300.18	21021.71	0.00	336657.09	X

płace brutto	830709.46
świadczenia opodatkowane, potrącane ze składek	2650.83

DO ZAKSIĘGOWANIA	kwota
płace brutto - świadczenia wypłacane przez pracodawcę (np. zasiłek chorobowy) ZUS (składki finansowane przez pracodawcę + FP + FGŚP + FEP)	828058.63 161987.63

OBLICZENIA PŁACOWE

I przychody I koszty I dochód I zaliczka I składki ub. społeczne

E1 Należności ze stosunku pracy z wyjątkiem wykazanych w wierszu E2 i E3

828 058.63	57 765.68	770 292.95	11 816	113 020.11
0.00	0.00	przychody i koszty wg art.22 ust.9 pkt 3 (50%)		

(…)

DACH STYL M.K. S. SPÓŁKA JAWNA m-c/rok I-VI/2024 OGÓLNY KOSZT ZATRUDNIENIA

PRACOWNIKÓW

ZUS	EMERYTURA	RENTA	CHOROBA	WYPADEK	RAZEM	ZDROWOTNE
podstawa	503368.80		503368.80		X	438855.93
pracownik	49128.88	7550.56	12332.64	X	69012.08	39497.26
pracodawca	49128.88	32719.00	X	4228.00	86075.88	X

Fundusze	FP	FGŚP	FEP	RAZEM
pracodawca	12332.64	503.17	0.00	12835.81

SKŁADKI RAZEM	SPOŁECZNE	ZDROWOTNE	FP+FGŚP	FEP	RAZEM	PPK
pracownik	69012.08	39497.26	X	X	108509.34	0.00
pracodawca	86075.88	X	12835.81	0.00	98911.69	0.00
RAZEM	155087.96	39497.26	12835.81	0.00	207421.03	0.00

wypłacone świadczenia	0.00	X	X	X	0.00	X
świadczenia z budżetu	0.00	X	X	X	0.00	X
wynagrodzenie płatnika	0.00	0.00	X	X	0.00	X
do wpłacenia do ZUS	155087.96	39497.26	12835.81	0.00	207421.03	X

płace brutto	507868.01
świadczenia opodatkowane, potrącane ze składek	0.00
DO ZAKSIĘGOWANIA	kwota
płace brutto - świadczenia wypłacane przez pracodawcę (np. zasiłek chorobowy)	507868.01
ZUS (składki finansowane przez pracodawcę + FP + FGŚP + FEP)	98911.69

OBLICZENIA PŁACOWE

płace brutto 507 868.01

koszty uzyskania..... 29 550.00

dochód do opodatkowania..... 409 305.93

podstawa opodatkowania 409 261.00

zaliczka obliczona 49 111.32

odliczenia 35 100.00

pensja obliczona 385 369.67

składki na ubezpieczenie zdrowotne 39 497.26

do wypłaty 385 369.67

przychody	koszty	dochód	zaliczka	składki ub. społeczne	
na konto ..... gotówką		.....		.....0.00 ..... 385 369.67	

E 1 Należności ze stosunku pracy z wyjątkiem wykazanych w wierszu E.2 i E.3

507 868.01	29 550.00	478 318.01	13 989	69 012.08
0.00	0.00	przychody i koszty wg art.22 ust.9 pkt 3 (50%		

(…)”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 1 lipca 2024 r. pismo (dalej jako „Wezwanie2”) o treści „Wezwanie do wyjaśnienia odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia oferty pod katem rażąco niskiej ceny Szanowni Państwo, Izba Administracji Skarbowej w Lublinie, dalej „zamawiający”, działając na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp” w toku badania Państwa wyjaśnień udzielonych w dniu 3 lipca 2024 r. mających na celu ustalenie, czy zaoferowana przez Państwa cena oferty nie jest rażąco niska, prosi o wyjaśnienie poniżej przedstawionych kwestii budzących nasze wątpliwości: 1. W zawartej w Państwa piśmie Tabeli 1. Sposób kalkulacji ceny ofertowej na potrzeby przedmiotowego postępowania nie zostały wykazane: 1) koszt sporządzenia dokumentacji projektowej; 2) planowany zysk; 3) koszty pracy. (…) W związku z powyższym prosimy o: Ad. 1 – wyjaśnienie, czy ww. elementy zostały uwzględnione w tabeli nr 1, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości (…) Podstawa prawna Art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp: 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;”.

Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo (dalej jako „Wyjaśnienia2”) o treści „W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia oferty pod kątem rażąco niskiej ceny złożonej przez Partnerów, informuję że: Ad. 1 – Koszt sporządzenia dokumentacji projektowej zawarty jest w cenie jednostkowej dla poszczególnych etapów wg przedstawionej tabeli nr 1. Założony przez Partnerów poziom zysku oscyluje na poziomie 12-13%. Zysk został obliczony przy uwzględnieniu kosztów wykonania dokumentacji projektowej, kosztów zakupu materiałów, kosztów robocizny,

kosztów pośrednich budowy oraz kosztów serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji. (…)”.

W dniu 8 sierpnia 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Izba Administracji Skarbowej w Lublinie, dalej „Zamawiający”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), dalej „ustawa

Pzp" informuje, że w wyniku postępowania prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na budowę budynku Urzędu Skarbowego oraz magazynu depozytowego w Radzyniu Podlaskim wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy: ZAB-BUD Sp. z o.o. ul. Nowosielecka 14A lok. 2 00-466 Warszawa Uzasadnienie wyboru Oferta spełniająca wszystkie wymagania Zamawiającego i nie podlegająca odrzuceniu. W ustalonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert, oferta uzyskała 100 punktów. Punktacja złożonych ofert:

Nr oferty	Wykonawca	Cena oferty (zł brutto)	s ■o>, s-S 9 Sc Q CU " 'U > o	N CU ° o CU = .5 cu 25 CU 5£ CD CU o	> O CU lis o. o> g O g N ®O J 9 £ cu o CU — c	1: CU o 2£ Sęu c * '2£ CO N	*f l h i ®.? o-o^■o 1 5 w W/ O N £ N ^z^	o CU l 5 -u C O CL CU N
1	TEXOM Sp. z o.o. Aleja Pokoju 1, 31-548 Kraków	20 440 528,68	56,45	10	20	2	20	96,45
2	ZAB-BUD Sp. z o.o. ul. Nowosielecka 14A lok. 2 00-466 Warszawa	19 230 000,00	60,00	10	20	2	20	100
3	Konsorcjum w składzie: DACH STYL M.K. S. Spółka Jawna, ul. Wisznicka 10C 21-300 Radzyń Podlaski TRES-BUD Usługi Ogólnobudowlane M. T. ul. Unitów Podlaskich 12 21-500 Biała Podlaska	oferta odrzucona						
4	VARCO T. J. ul. Freta 2/8, 00-227 Warszawa	oferta odrzucona						

Informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone: Zamawiający informuje, że w postępowaniu zostały odrzucone oferty złożone przez: 1. Konsorcjum w składzie: DACH STYL M.K. S. Spółka Jawna, 21-300 Radzyń Podlaski, ul. Wisznicka 10C,TRES-BUD Usługi Ogólnobudowlane M. T., 21-500 Biała Podlaska, ul. Unitów Podlaskich 12. Uzasadnienie faktyczne Cena złożonej oferty jest niższa o 32,56% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w związku z powyższym zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w zakresie ceny oferty za niewystarczające i niekompletne w zakresie wątpliwości wskazanych przez zamawiającego w wezwaniach do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w szczególności: 1) wyjaśnienia nie zawierają dowodów lub szczegółowych kalkulacji dotyczących poszczególnych elementów

składniowych (czynników) oferowanej ceny a jedynie wskazują okoliczności (czynniki), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę (użycie własnych narzędzi i urządzeń, jak również pracowników zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umów o pracę, bazy Partnerów zlokalizowane w miejscowości bądź niedużej odległości od miejsca realizacji zamówienia, co znacznie obniża koszty realizacji zamówienia, takie jak zużycie paliwa, koszty delegacji oraz zakwaterowania pracowników) 2) nie wskazują wprost odpowiedzi na pytanie, ile wynosi koszt wykonania dokumentacji, który jest istotnym elementem tego zamówienia w formie zaprojektuj i wybuduj. 3) z wyjaśnień wynika, że cena oferty zawiera: 1) założony przez Partnerów poziom zysku na poziomie 12-13%; 2) koszty wykonania dokumentacji projektowej; 3) koszty zakupu materiałów; 4) koszty robocizny; 5) koszty pośrednie budowy; 6) koszty serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji ale wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyjaśnień, kalkulacji oraz dowodów. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stwierdził, że wykonawca w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, a jedynie wymieniał szereg okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny co wskazuje, że nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Dodatkowo Wykonawca, nie przedstawił żadnych dowodów aby uwiarygodnić składane wyjaśnienia czy też szczególnie korzystne dla niego okoliczności na które się powołuje Nie dysponując dowodami, potwierdzającymi powyższe okoliczności, zamawiający nie jest w stanie dokonać rzetelnej oceny, czy wszystkie te aspekty, niewątpliwie mające wpływ na możliwość obniżenia ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. Zamawiający stwierdził, że złożone przez Konsorcjum w składzie: DACH STYL M.K. S. Spółka Jawna oraz TRES-BUD Usługi Ogólnobudowlane M. T. wyjaśnienia, nie uzasadniają, że zaoferowana cena pozwoli na realizację zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa i wymaganiami zawartymi w SWZ, Wykonawca nie udowodnił, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uzasadnienie prawne: Art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.): 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 8 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (….)".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie", Izba pominęła dokumenty złożone przez odwołującego na posiedzeniu (wydruk z Sekocenbud oraz „wyliczenia dotyczące innych umów dotyczących podobnych inwestycji"). Nie ulega wątpliwości, że dokumenty te miałyby służyć wyłącznie ustaleniu faktów istotnych dla oceny, czy cena ta jest rażąco niska. Fakty te zaś dla

poczynionych przez Izbę, a przedstawionych poniżej rozważań, nie miały znaczenia, a tym samym były bez znaczenia dla oceny zasadności odwołania, nie stanowiąc zatem faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). Mając ponadto na uwadze treść art. 253 ust. 1 Pzp, stosownie do którego „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne" należy uznać, że w przypadku gdy odwołanie jest wnoszone na czynność odrzucenia oferty, konieczność zapewnienia, że odwołanie jest skutecznym środkiem odwoławczym, powoduje, iż rozpoznając takie

odwołanie Izba orzeka w granicach zawartych w odwołaniu zarzutów, w tym przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp, oraz treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, które zamawiający podał wykonawcy informując o tej czynności.

W odwołaniu przedstawiono w dwa zarzuty naruszenia art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp – pierwszy odnoszący się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, drugi – do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia".

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp odnoszącego się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego należy stwierdzić, że przedstawiając w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanej Odwołującemu w dniu 8 sierpnia 2024 r. uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający jako podstawę prawną tej czynności wskazał zarówno art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp.

Wymaga zaś wskazania, że o ile z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp wynika obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę, to art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym „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" jest przepisem nakładającym na zamawiającego odrzucenia oferty wtedy, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień albo gdy złożone przezeń wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny. Z treści tego przepisu nie wynika przy tym, że stosuje się go tylko wtedy, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę; wręcz przeciwnie, użycie w tym przepisie sformułowania „jako" oznacza, że ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień albo złoży wyjaśnienia i dowody, które nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny, zamawiający zobowiązany jest uznać za (potraktować jako) ofertę zawierającą rażąco niską cenę, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp - bez konieczności stwierdzenia, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Podstawą prawną odrzucenia oferty w takiej sytuacji jest art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego nie było uznanie, że zawiera ona rażąco niską cenę, a podstawą prawną tej czynności wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Wynika to z treści uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawartego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanej Odwołującemu w dniu 8 sierpnia 2024 r., w której Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty uznał „za niewystarczające i niekompletne w zakresie wątpliwości wskazanych przez zamawiającego w wezwaniach do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w szczególności: 1) wyjaśnienia nie zawierają dowodów lub szczegółowych kalkulacji dotyczących poszczególnych elementów składniowych (czynników) oferowanej ceny a jedynie wskazują okoliczności (czynniki), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę (użycie własnych narzędzi i urządzeń, jak również pracowników zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umów o pracę, bazy Partnerów zlokalizowane w miejscowości bądź niedużej odległości od miejsca realizacji zamówienia, co znacznie obniża koszty realizacji zamówienia, takie jak zużycie paliwa, koszty delegacji oraz zakwaterowania pracowników) 2) nie wskazują wprost odpowiedzi na pytanie, ile wynosi koszt wykonania dokumentacji, który jest istotnym elementem tego zamówienia w formie zaprojektuj i wybuduj. 3) z wyjaśnień wynika, że cena oferty zawiera: 1) założony przez Partnerów poziom zysku na poziomie 12-13%; 2) koszty wykonania dokumentacji

projektowej; 3) koszty zakupu materiałów; 4) koszty robocizny; 5) koszty pośrednie budowy; 6) koszty serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji ale wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyjaśnień, kalkulacji oraz dowodów, a w uzasadnieniu prawnym podał przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp.

Prowadzi to do wniosku, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie tych przepisów jako oferta wykonawcy, który złożył wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny, które nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny.

W świetle treści odwołania należy stwierdzić, że naruszenia art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zakresie czynności odrzucenia jego oferty Odwołujący upatrywał w dokonaniu tej czynności „pomimo, iż oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". Zważywszy jednak, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego nie było uznanie, że zawiera ona rażąco niską cenę, to, czy oferta ta (rzeczywiście) zawiera rażąco niską cenę było zupełnie nieistotne dla oceny zgodności z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy były przedstawione w odwołaniu twierdzenia w zakresie tego, iż oferta ta nie zawiera rażąco

niskiej ceny, a także mające służyć wykazaniu tego samego dokumenty złożone na posiedzeniu.

Wymaga przy tym zauważenia, że przedstawienie w postępowaniu odwoławczym twierdzeń i dowodów w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie zastępuje udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż owe wyjaśnienia i dowody muszą podlegać ocenie zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym Izba nie dokonuje takiej czynności „w zastępstwie" zamawiającego, lecz ocenia prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego.

W odwołaniu nie kwestionowano, że opisane w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawartym w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanej Odwołującemu w dniu 8 sierpnia 2024 r. okoliczności rzeczywiście wystąpiły, to jest że złożone przezeń wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny „nie zawierają dowodów lub szczegółowych kalkulacji dotyczących poszczególnych elementów składniowych (czynników) oferowanej ceny a jedynie wskazują okoliczności (czynniki), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę (użycie własnych narzędzi i urządzeń, jak również pracowników zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umów o pracę, bazy Partnerów zlokalizowane w miejscowości bądź niedużej odległości od miejsca realizacji zamówienia, co znacznie obniża koszty realizacji zamówienia, takie jak zużycie paliwa, koszty delegacji oraz zakwaterowania pracowników)", i nie wskazują „ile wynosi koszt wykonania dokumentacji", ani że Odwołujący nie przedstawił „wyjaśnień, kalkulacji oraz dowodów" w zakresie założonego poziomu zysku, kosztów wykonania dokumentacji projektowej, koszty zakupów materiałów, kosztów robocizny; kosztów pośrednich budowy i kosztów serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji.

W związku z twierdzeniem Odwołującego, iż złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny „winny zostać uznane za kompletne i rzetelne" konieczne jest stwierdzenie, że Zamawiający zażądał od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny dwukrotnie. W Wyjaśnieniach1, złożonych na skutek zawartego w Wezwaniu1 żądania wyjaśnienia ceny oferty, które zobowiązywało Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów, z których wynikałoby, w jaki sposób wyliczył cenę swojej oferty (czyli jak została ona skalkulowana), Odwołujący jako „sposób kalkulacji ceny ofertowej" przedstawił wyłącznie tabelę, w której cena oferty została „rozbita" na ceny za „Budynek US – piwnica", „Budynek US – parter", „Budynek US – piętro", Budynek – garaż", „Utwardzenia" oraz „Serwisowanie", oraz podano ceny jednostkowe za 1

m^2, nie wyjaśniając przy tym, w jaki sposób ową cenę jednostkową wyliczył, to jest jakie czynniki cenotwórcze uwzględnił przy jej wyliczeniu. Z kolei w Wyjaśnieniach2, złożonych w odpowiedzi na Wezwanie2, zawierające żądanie wyjaśnienia, czy w tej tabeli uwzględniono koszt sporządzenia dokumentacji projektowej, planowany zysk i koszty pracy, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości, Odwołujący nie określił, w jakiej wysokości w tej tabeli uwzględniono rzeczone koszty.

Nie może ponadto ulegać wątpliwości, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny „w zakresie założonego poziomu zysku, kosztów wykonania dokumentacji projektowej, koszty zakupów materiałów, kosztów robocizny; kosztów pośrednich budowy i kosztów serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji" ograniczone są do wskazania, że koszt sporządzenia dokumentacji projektowej zawarty jest w ww. cenie jednostkowej oraz że „zysk został obliczony przy uwzględnieniu kosztów wykonania dokumentacji projektowej, kosztów zakupu materiałów, kosztów robocizny, kosztów pośrednich budowy oraz kosztów serwisowania obiektu przez oferowany okres gwarancji", oraz iż w zakresie tym Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji oraz dowodów.

Nie może przy tym być uznany za dowód w zakresie wyliczenia ceny oferty jedyny złożony przez Odwołującego w Postępowaniu jako takowy dowód dokument przekazany Zamawiającemu wraz z Wyjaśnieniami1, gdyż – jak wskazał Odwołujący w trakcie rozprawy -jest on dokumentem wskazującym na ogólny koszt zatrudnienia wszystkich zatrudnianych pracowników przez Dach Styl M.K. S. spółka jawna z siedzibą w Radzyniu Podlaskim, a nie wyłącznie kosztów zatrudnienia osób, które będą wykonywać zamówienie, wobec czego nie może on służyć wykazaniu kosztów pracy tych osób (kosztów robocizny).

Wobec powyższego nie sposób było uznać za nieprawidłowe stanowiska Zamawiającego, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny są „niewystarczające i niekompletne w zakresie wątpliwości wskazanych przez zamawiającego w wezwaniach do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny", a konsekwencji uznania, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu nie uzasadniały przyjęcia, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, a tym samym stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp odnoszącego się do wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego należy

stwierdzić, że w odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób dokonując tej czynności Zamawiający naruszył te przepisy, w szczególności nie określono, czy wybierając ww. ofertę przygotował lub przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równe traktowanie wykonawców bądź nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny.

Wymaga przy tym zauważenia, że art. 224 ust. 1 pkt 8) Pzp jest przepisem zawierającym wyłącznie normę nakazującą zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy w przypadku określonym w tym przepisie, a nie określa obowiązków bądź uprawnień zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji czynność taka nie może zostać dokonana z naruszeniem tego przepisu.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 16 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia określono, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. (…)".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości 10.000 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości stosownie do § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia Izba w punkcie 2. wyroku obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Zważywszy, że Odwołujący tytułem wpisu od odwołania uiścił kwotę 20.000 zł, a do kosztów postępowania odwoławczego zaliczeniu podlegała kwota 10.000 zł, pozostała część

kwoty uiszczonej tytułem wpisu - w wysokości wyższej niż należna (to jest 10.000 zł) – podlegała zwrotowi Odwołującemu, o czym orzeczono w punkcie 3. wyroku.

Przewodniczący: ……..……