Sygn. akt: KIO 3226/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2024 r. przez wykonawcę MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Sulików

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Sulików tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

   2.2 zasądza od wykonawcy MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu na rzecz zamawiającego Gmina Sulików kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3226/24

UZASADNIENIE

Gmina Sulików (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa Publicznego Przedszkola z oddziałem żłobkowym w Sulikowie w celu zapewnienia dostępu do publicznej edukacji przedszkolnej i opieki nad dziećmi do lat 3” w formule „Zaprojektuj i wybuduj” (znak postępowania: IW-ZA.271.8.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00407603.

W dniu 4 września 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca MDW GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Zgorzelcu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec na niezgodne z przepisami ustawy Pzp:

1. czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ponieważ – zdaniem Zamawiającego – Odwołujący przedstawił „ogólną niepopartą dowodami kalkulację” ergo jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo niewskazania przez Zamawiającego żadnych konkretnych elementów kalkulacji ceny oferty, które wzbudzać miały wątpliwości Zamawiającego i przez to wymagały wyjaśnienia, podczas gdy Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o stopniu szczegółowości odpowiadającej treści otrzymanego wezwania, którą poparł dowodami w postaci kalkulacji ceny oferty (w formie rozbicia ceny ofertowej, dalej „RCO”), wobec czego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

2. zaniechanie Zamawiającego w postaci braku wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty ze wskazaniem konkretnych elementów kalkulacji, które miałyby podlegać wyjaśnieniu, zwłaszcza w obliczu nader ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień, które skutkowało równie ogólnym uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego, wobec czego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu art.

224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty ze wskazaniem konkretnych elementów kalkulacji, które miałyby podlegać wyjaśnieniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia odwołania. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która – przy uwzględnieniu odrzucenia ofert z niższą od Odwołującego ceną – powinna zostać oceniona najwyżej (Odwołujący zaoferował bowiem najkorzystniejszą cenę za realizację zamówienia, przy jednoczesnym przyjęciu maksymalnego okresu gwarancji wynoszącego 72 miesiące). Tym samym to właśnie Odwołującemu powinno zostać udzielone przedmiotowe zamówienie, względnie – Odwołujący również powinien zostać zaproszony do negocjacji (o ile Zamawiający zdecyduje się na ich prowadzenie), co jednak nie miało miejsca z uwagi na bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Tym samym Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji, co dowodzi istnienia po stronie Odwołującego interesu i szkody uprawniających do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 30 sierpnia 2024 r. (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 4 września 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał po pierwsze, że przeprowadzenie procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób efektywny, a nade wszystko zgodny z przepisami ustawy Pzp wymaga – o czym zdaje się zapominać Zamawiający – nie tylko wskazania

podstawy prawnej jej wszczęcia, ale również zakresu wezwania w postaci wyszczególnienia zagadnień, które podlegać mają wyjaśnieniu. Precyzyjna treść wezwania jest warunkiem sine qua non rzetelnej oceny, czy wykonawca podołał obowiązkowi udowodnienia, że prawidłowo skalkulował cenę swojej oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dopełnił tego obowiązku. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wezwanie stanowi w istocie syntezę poszczególnych ustępów przepisu art. 224 ustawy Pzp. Odwołujący podał też, że Zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku skonkretyzowania zakresu wezwania - nie jest nim odwołanie się do art. 224 ust. 3 i 4 ustawy Pzp bez odniesienia się do zakresu danego zamówienia. Odwołujący dodał też, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno wykonanie dokumentacji projektowej, jak i realizację na jej podstawie robót budowlanych, czyli szereg zróżnicowanych świadczeń, a wykonawcy nie byli zobligowani do złożenia wraz z ofertą jakiejkolwiek kalkulacji. Zamawiający ograniczył formularz ofertowy do jednej pozycji – ceny brutto oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił przy tym, że nie kwestionuje postanowień dokumentów zamówienia, niemniej jednak zwrócił uwagę na konsekwencję takiego ich skonstruowania, jaką była konieczność sprecyzowania elementów kalkulacji ceny oferty podlegających wyjaśnieniu w procedurze RNC.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że nie tylko zastosował się do pouczeń wynikających z dokumentów zamówienia, ale również złożył wyjaśnienia, w których ustosunkował się do wszystkich składników cenotwórczych. Odwołujący wyjaśnił, że ujęte one zostały w formie RCO wskazujących na udział wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia w zaoferowanej cenie całkowitej. Wspomniane kalkulacje zostały sporządzone w oparciu o wieloletnie doświadczenie Odwołującego w realizacji podobnych zamówień i – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – stanowią dowody, o których mowa w art. 224 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ogranicza wezwanego wykonawcy w doborze sposobów dowodzenia prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób zatem czynić Odwołującemu zarzutu, że przedstawił ogólną niepopartą dowodami kalkulację, skoro – po pierwsze – Zamawiający nie sprecyzował elementów kalkulacji ceny, które miały być w nich ujęte, po drugie – przedmiot zamówienia składa się z szeregu różnych świadczeń, których koszty realizacji składają się na zryczałtowane wynagrodzenie wykonawcy, po trzecie – Odwołujący przedstawił w treści Wyjaśnień dowody, do których Zamawiający w ogóle się nie odniósł. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji niedołożenia przez Zamawiającego należytej staranności w sformułowaniu Wezwania.

W świetle przedstawionego powyżej uzasadnienia zarzutu z pkt 1 petitum odwołania, w warunkach istnienia po stronie Zamawiającego wątpliwości dotyczących prawidłowości kalkulacji ceny oferty (o czym świadczy chociażby zaniechanie ich przytoczenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego), w ocenie Odwołującego uzasadnione

i konieczne było kontynuowanie z Odwołującym procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wystosowanie do niego

kolejnego, skonkretyzowanego co do okoliczności mających podlegać wyjaśnieniu, wezwania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był nie tyle odrzucić ofertę Odwołującego, co wezwać go do uszczegółowienia wyjaśnień, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Owo zaniechanie znalazło odzwierciedlenie w lakonicznym uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, w ramach którego jedyną okolicznością faktyczną wskazaną przez Zamawiającego jest rzekome zaniechanie poparcia wyjaśnień (a konkretnie RCO) dowodami. W pozostałym zakresie uzasadnienie to sprowadza się do stwierdzenia, że wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, które – jak wskazano powyżej – nie zostały w ogóle wyartykułowane w treści wezwania. Jakkolwiek bowiem ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, to jednak dowód zasadności odrzucenia oferty takiego wykonawcy obciąża zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 19 września 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności zakresu wymienionego w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz przypominając o treści art. 224 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując, że: „złożona przez nas oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Wynika to z prostej reguły krzyżowej, pozwalającej na uzyskanie informacji dotyczącej średniej arytmetycznej. Zgodnie bowiem z tą regułą należy policzyć sumę wszystkich złożonych ofert, następnie podzielić przez ilość ofert złożonych. Należy także pamiętać, że do sumowania nie wlicza się ofert, które wpłynęły po upływie terminu składania ofert (w tym postępowaniu nie było takiej oferty), oraz nie wlicza się ofert, które zawierają błąd w obliczaniu ceny – także nie było w tym postępowaniu takich ofert". Odwołujący zamieścił tabelaryczne zestawienie ofert, które wpłynęły w postępowaniu z podaniem nazw wykonawców, cen brutto i wartości procentowej średniej arytmetycznej cen ofert.

Dalej Odwołujący wskazywał, że: „Oferta złożona przez nas nie spełnia wymogu rażąco niskiej ceny w stosunku do pozostałych ofert, ponieważ wartość procentowa średniej arytmetycznej wynosi 78,26%, zatem jest tańsza o ponad 21%. Dodatkowo po otrzymaniu protokołu postępowania, należy policzyć rażąco niską cenę do kwoty szacowania wartości zamówienia powiększoną o należny podatek VAT. Czyli w protokole, który został dostarczony dnia 22.08.2024 r. wynika, że Zamawiający oszacował wartość na kwotę 11.233.351,99 zł netto. Podatek VAT wynosi: 2.583.670,96 zł, co sumarycznie brutto przedstawia:13.817.022,95 zł. Rażąco niska cena, jak wynika z treści ustawy, to kwota, która jest niższa o 30% od szacowanej wartości brutto, czyli 68,72%. Mając na uwadze te dane, nie mamy pewności, że Zamawiający nie przeszacował wartość zamówienia, po drugie nie uwzględnił, ponieważ nie jest w stanie sposobu organizacji każdego przedsiębiorstwa, a także nie jest w stanie wyliczyć wartości dodanej, która pozwala na optymalizację kosztów, wydatków oraz nakładów na cały zakres realizacji". Powyższy wywód został poparty przywołaniem przez Odwołującego orzeczeń Izby z dnia 2 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 3358/22), z dnia 24 lutego 2022 roku (sygn. akt: KIO 207/22) oraz Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt: XIX Ga 175/10).

W dalszej kolejności Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że: „Jedynie co może budzić wątpliwości u Zamawiającego to możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, lub wynikających z odrębnych przepisów. Poniżej udowodnimy, że wątpliwości Zamawiającego są bezzasadne, ponieważ w tym postępowaniu cena jaką Zamawiający oczekiwał to cena ryczałtowa a nie kosztorysowa. Cena ryczałtowa zgodnie z definicją i ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej polega na umówieniu się z góry na wynagrodzenie

za wykonanie pełnego zakresu zamówienia w jednej kwocie absolutnej, tj. jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Kwotę tę ostateczną, absolutną policzyliśmy na podstawie opisu Programu Funkcjonalno-Użytkowego, który jest załącznikiem do dokumentów postępowania. Całość prac została dokładnie policzona w oparciu o wiedzę i duże doświadczenie osób realizujących wcześniejsze takie przedsięwzięcia. W naszym zespole rzetelne przygotowanie i policzenie to podstawa pracy.

W naszej pracy od wielu lat korzystamy z wypracowanej metody obniżenia kosztów zarówno materiałowych jak i robocizny, mając na względzie aktualne przepisy prawa pracy i wynagrodzenia minimalnego. Wieloletnie doświadczenie pozwala nam łączyć niektóre zakresy prac robót budowlanych obniżając tym samym koszty materiałowe, transportowe i wykonawcze".

Odwołujący zamieścił przy tym tabelę, która według Odwołującego miała wyjaśnić: „jak kształtuje się procentowy udział czynników decydujący o niskich cenach w składanych przez nasz ofertach". Tabela ta prezentowała osiem pozycji kosztowych (Koszty zatrudnienia pracowników wraz z kosztami po stronie pracodawcy, Koszty materiałów do realizacji zamówienia, Koszty administracyjne, Koszty zarządu, Leasing i inne opłaty, oraz daniny, Koszty BHP, koszty nieprzewidziane, Zysk do opodatkowania) wraz z ich wartością netto oraz udziałem procentowym względem całościowej ceny netto oferty.

Następnie Odwołujący w drugiej tabeli przedstawił: „symulacje kosztów bezpośrednich budowy w ujęciu na poszczególne pozycje. Wzięliśmy pod uwagę koszty z tabeli powyżej w zakresie sumy kosztów: - pozycja nr 1 – koszty zatrudnienia pracowników wraz z kosztami po stronie pracodawcy; - pozycja nr 2 – koszty materiałów do realizacji zamówienia; -pozycja nr 6 – koszty BHP; - pozycja nr 7 – koszty nieprzewidziane. Łączna wartość tych czterech kosztów wynosi 6 869 910,00 zł netto". Tabela ta prezentowała czternaście pozycji -bezpośrednich kosztów budowy w ujęciu o ceny materiałów i robocizny III kwartał 2024 (Dokumentacja projektowa wraz z uzgodnieniami, Zabezpieczenie terenu budowy, Przygotowanie terenu pod budowę, Prace ziemne etap I, Budowa budynku usługowego do stanu surowego zamkniętego, Instalacje elektryczne, wod-kan-co oraz inne, Wykończenie budynku do stanu deweloperskiego, Wykończenie budynku do stanu „pod klucz", Wyposażenie obiektu, Prace ziemne etap II, Mała architektura zewnętrzna,

Zagospodarowanie terenu, Sieci przyłączeniowe, Pozostałe koszty nieprzewidziane) wraz z ich wartością netto oraz udziałem procentowym względem łącznej wartości netto tychże kosztów.

Odwołujący powołał się też na posiadanie wyspecjalizowanego zespołu z doświadczeniem w pracach realizowanych w systemie zaprojektuj-wybuduj, wymieniając przy tym realizowane w ostatnich 24 miesiącach zlecenia. Zdaniem Odwołującego: „Z tego wynika, że temat realizacji budowy/przebudowy/projektowania żłobków oraz przedszkoli nie jest nam obcy. Wiele z prac budowlanych wykonujemy we własnym zakresie, korzystając z wieloletniego doświadczenia w tym zakresie. Korzystamy również z nowoczesnych technologii w budownictwie, co pozwala nam znacząco obniżyć koszty oraz przyśpieszyć czas realizacji. Głównym atutem naszego doświadczenia jest doświadczenie ludzi pracujących w tej branży, ponieważ stawiamy na stałe doskonalenie kadry w postaci kursów, szkoleń i dostępu do informacji (często płatnych) pozwalających na poszerzenie wiedzy w tym zakresie. W historii naszej firmy nigdy nie zdarzyło się, aby jakakolwiek firma lub samorząd nałożyła kary za nieterminową realizację powierzonego zadania. Mając na uwadze, że wyżej wymieniona inwestycja budowy Publicznego Przedszkola z oddziałem Żłobkowym, jest to strategiczna z punktu widzenia inwestycja dla Gminy Sulików, oparta na działaniu długoterminowym w zakresie realizacji zadania dla obywateli miasta, dołożymy wszelkich starań aby takową wykonać, w jak najszybszym terminie, zachowując przy tym najwyższą jakość wykonanych prac. Kolejnym naszym atutem w zakresie know-how jest także długoletnia współpraca z przedsiębiorcami oferującymi odpowiedniej jakości materiały budowlane, a wypracowana współpraca i terminowość zapłaty, pozwoliła nam na uzyskanie dodatkowych korzyści w postaci zwiększonych opustów, rabatów, oraz terminów płatności negocjowanych indywidualnie do każdego przedsięwzięcia. Nasi partnerzy nigdy nie zawiedli nas w zakresie terminu dostaw poszczególnych materiałów budowlanych, współpracując z nami na zasadzie „just in time". Polega to na dostarczaniu w wyznaczonym czasie określonej puli materiałów, które pozwoliło nam uniknąć kosztów magazynowania i dodatkowego transportu do miejsca docelowego. Tym samym ograniczenie tych kosztów do absolutnego minimum czyni naszą firmę wyjątkowo konkurencyjną na rynku lokalnym. Doskonale przygotowana kadra, nie tylko zarządzająca ale i realizująca, jest głównym atutem w działalności naszego przedsiębiorstwa. Przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mamy na uwadze, że zapłata za całość prac ma charakter ryczałtowy. Zatem prace wskazane w opisie przedmiotu zamówienia mają charakter wiążący dla obu stron, a poziom ryzyka dotyczący niezdefiniowanych prac (tzw. ukrytych prac) jest ryzykiem tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy. Opieramy się na własnym doświadczeniu w zakresie realizacji takich prac, a także poniżej wskazujemy,

że sposób interpretacji, liczenia, a co za tym idzie wskazania ceny w ofercie nie stanowi rażąco niskiej ceny".

Następnie Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 12 kwietnia 2023 r. (sygn. akt: KIO 863/23).

Na zakończenie Odwołujący podkreślił, że stoi na stanowisku, że: „należyte policzenie wartości wskazanej w ofercie nie stanowi rażąco niskiej ceny, a jest to połączenie wszystkich doświadczeń kadry, współpracy z dostawcami na uzyskanie konkurencyjnej ceny na rynku lokalnym. Trudno porównać naszą ofertę z innymi złożonymi, ale na pierwszy rzut oka widać, że pewne łańcuchy powiązań zakresu prac w naszym przypadku mają wartość dodaną, niepoliczalną w sposób bezpośredni w zakres cenowy. Niemniej jednak jest to niewątpliwie nasz największy atut pod względem konkurencyjności na rynku".

Do wyjaśnień Odwołujący załączył protokół odbioru końcowego robót z dnia 1 września 2023 r. zadania pn. „Dostosowanie budynku Publicznego Przedszkola nr 4 i Integracyjnego Żłobka Publicznego nr 1 do obowiązujących przepisów ochrony przeciwpożarowej", protokół odbioru końcowego robót z dnia 1 września 2023 r. zadania pn.

„Dostosowanie budynku Publicznego Przedszkola nr 6 i Integracyjnego Żłobka Publicznego nr 1 do obowiązujących przepisów ochrony przeciwpożarowej" oraz umowę nr CRU.758.2023 z dnia 5 grudnia 2024 r. na opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu pomieszczeń Integracyjnego Żłobka Publicznego nr 1 w Bogatyni.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Podając przy tym następujące uzasadnienie faktyczne czynności:

„Oferta [Odwołującego] wzbudziła wątpliwości Zamawiającego oraz zawierała cenę o 30% niższą od przypadku o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy [Pzp] (…). Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1 [ustawy Pzp] do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (…). Wykonawca (…) odpowiedział na wezwanie. Przedstawione w odpowiedzi wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca przedstawił ogólną niepopartą dowodami kalkulację".

W art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Poza tym, w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wskazano, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, 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.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Przy czym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp).

Według art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

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

Przechodząc do oceny zarzutu nr 1 należy przypomnieć, iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że odrzucenie

oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ponieważ – zdaniem Zamawiającego – Odwołujący przedstawił „ogólną niepopartą dowodami kalkulację" ergo jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo niewskazania przez Zamawiającego żadnych konkretnych elementów kalkulacji ceny oferty, które wzbudzać miały wątpliwości Zamawiającego i przez to wymagały wyjaśnienia, podczas gdy Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o stopniu szczegółowości odpowiadającej treści otrzymanego wezwania, którą poparł dowodami w postaci kalkulacji ceny oferty (w formie RCO).

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający wskazał, że „Przedstawione w odpowiedzi wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca przedstawił ogólną niepopartą dowodami kalkulację".

Należy przy tym mieć na względzie treść wezwania Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2024 r. Bezspornym jest bowiem, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności zakresu wymienionego w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz przypominając o treści art. 224 ust. 4 ustawy Pzp.

Ustawodawca w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził przykładowy, otwarty katalog czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć mogą wyjaśnienia wykonawcy. Ustawa Pzp nie ogranicza więc wykonawcy do argumentacji w oparciu o inne, niewymienione w przepisie okoliczności. Należy też mieć na względzie treść art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, który podobnie jak art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jest pewną wytyczną dla obu

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

Należy także wskazać, że w przypadku skierowania przez zamawiającego wezwania, wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, gdyż to na wykonawcy właśnie spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Aby uniknąć odrzucenia oferty, wykonawca w każdym przypadku musi odnieść się do wezwania zamawiającego, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, gdyż zamawiający omyłkowo lub niepotrzebnie wszczął procedurę wyjaśniającą. To bowiem wyjaśnienia wykonawcy stanowią podstawę do oceny przez zamawiającego, czy cena oferty jest rażąco niska, czy też nie. Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, w pierwszej kolejności istotnym jest, aby wpłynęły one w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wynikającym z treści wezwania. Rzecz jasna sam fakt udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie jest wystarczający dla ewentualnego uniknięcia odrzucenia oferty. Koniecznym jest bowiem, aby wykonawca pamiętał o dołożeniu należytej staranności przy ich konstruowaniu, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii poddanych pod wątpliwość przez zamawiającego. Należy też zastrzec, że ze względów przezorności, wykonawca powinien dokonać wszelkich starań, aby już pierwotne wyjaśnienia przestały budzić podejrzenia zamawiającego. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie jest bowiem ograniczony treścią wezwania i może poza wskazanymi przez zamawiającego kwestiami rozszerzyć swoją argumentację.

Tymczasem odpowiedź Odwołującego z dnia 23 sierpnia 2024 r. w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny, choć niewątpliwie wpłynęła w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, to nie można zdaniem Izby uznać, że była wystarczająca dla wykazania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym niemniej nie można zignorować tego, w jaki sposób Odwołujący udzielił pierwotnych wyjaśnień, w odniesieniu do treści wezwania Zamawiającego. W przepisie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, mowa jest o wykazaniu, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Chodzi tu przede wszystkim o przedstawienie

konkretnych informacji, pozwalających później zamawiającemu na realną weryfikację wyceny. Dla wypełnienia obowiązku przez wykonawcę nie wystarczy zatem, aby ograniczył się on wyłącznie do ogólnych stwierdzeń, że w zaoferowanej cenie wykona zamówienie. Jak podaje się w orzecznictwie Izby: „Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy" (wyrok Izby z dnia 7 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 421/22) oraz „wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (wyrok Izby z dnia 16 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 2664/19).

Mając więc na względzie powyższe, w ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego w zakresie wyjaśnień ceny oferty, wyjąwszy zawartą w początkowych fragmentach wyjaśnień polemikę z samym faktem dokonania czynności wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego (jak już wyżej wskazano - wykonawca w każdym przypadku musi odnieść się do wezwania zamawiającego, nawet gdyby finalnie okazało się ono niezasadne, tym niemniej Odwołujący nie zarzucał w

odwołaniu niezasadności wystosowania wezwania) oraz cytowane w dalszych częściach orzecznictwo Izby oraz sądu okręgowego, sprowadzało się w istocie do gołosłownych zapewnień Odwołującego co do tego, iż cena nie jest rażąco niska. Zarówno w treści wyjaśnień, jak i odwołania, Odwołujący powoływał się na to, że ustalone w postępowaniu wynagrodzenie było ryczałtowe. Należy jednak wskazać, że procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formy wynagrodzenia za roboty budowlane i nie zwalnia wykonawcy z zachowania należytej staranności przy udzielaniu wyjaśnień w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Nie można więc uznać za wystarczających zapewnień Odwołującego, że „Całość prac została dokładnie policzona w oparciu o wiedzę i duże doświadczenie osób realizujących wcześniejsze takie przedsięwzięcia. W naszym zespole rzetelne przygotowanie i policzenie to podstawa pracy". Podobnie za niewykazane należy zakwalifikować dalsze twierdzenia Odwołującego o rzetelności, wiedzy, doświadczeniu („W naszej pracy od wielu lat korzystamy z wypracowanej metody obniżenia kosztów zarówno materiałowych jak i robocizny, mając

na względzie aktualne przepisy prawa pracy i wynagrodzenia minimalnego. Wieloletnie doświadczenie pozwala nam łączyć niektóre zakresy prac robót budowlanych obniżając tym samym koszty materiałowe, transportowe i wykonawcze"). Natomiast przedstawione przez Odwołującego dwie tabele stanowią jedynie wyszczególnienie kosztów, które po wykonaniu odpowiedniego działania istotnie składają się na sumaryczną wartość wymienionych kosztów. Odwołujący jednakże nie tłumaczy jednak choćby w minimalnym stopniu, skąd wynika przyjęcie danej stawki dla którejkolwiek z pozycji zestawień tabelarycznych. Dalej Odwołujący powoływał się na zdobyte doświadczenie w realizacjach zleceń i jak wydaje się w tym kontekście załączył do wyjaśnień ww. protokoły odbioru robót i umowę. Również poinformowanie przez Odwołującego o posiadanym doświadczeniu w realizacji innych projektów nie może być ocenione inaczej niż jako ogólna informacja o działalności wykonawcy. W dalszych fragmentach Odwołujący również przytacza wyłącznie subiektywne twierdzenia o okolicznościach wpływających na obniżenie ceny, takie jak korzystanie z nowoczesnych technologii w budownictwie, doświadczenie kadry, brak kar za nieterminową realizację, zapewnienie o dołożeniu wszelkich starań o wykonanie zamówienia w jak najszybszym terminie, zachowując przy tym najwyższą jakość wykonanych prac, długoletnia współpraca z przedsiębiorcami.

Podsumowując, nie sposób w ocenie Izby uznać, ażeby przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny były wyczerpujące i wystarczające w stosunku do treści wezwania Zamawiającego, które przecież wyraźnie wskazywało na ustawowy katalog okoliczności, o którym mowa w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia Odwołującego nie refowały do wezwania Zamawiającego w stopniu wystarczającym na stwierdzenie, iż zostały udzielone z należytą starannością, co należy rozumieć jako odniesienie się do wszystkich kwestii poddanych pod wątpliwość przez Zamawiającego. Wyjaśnienia Odwołującego w istocie sprowadzały się do ogólnych zapewnień o możliwości obniżenia ceny oraz przedstawieniu dwóch tabel z rozbiciem kosztów. Nie sposób wywieść, jak bliżej nieokreślone metody, czy też posiadane doświadczenia bądź długoletnia współpraca z partnerami pozwalały Odwołującemu na przyjęcie podanych stawek. Zdaniem Izby więc, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego była prawidłowa, tym samym zarzut nr 1 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się zaś stricte do zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego w postaci braku wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty ze wskazaniem konkretnych elementów kalkulacji, które miałyby podlegać wyjaśnieniu, zwłaszcza w obliczu nader ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień, które skutkowało równie ogólnym uzasadnieniem

odrzucenia oferty Odwołującego, w konsekwencji powyżej zaprezentowanej oceny w zakresie zarzutu nr 1, Izba oddaliła również zarzut nr 2. Jak zostało to już wyżej podkreślone przez Izbę, wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego nie referowały w stopniu wystarczającym do wezwania Zamawiającego, wobec czego niezasadnym byłoby ponowne wzywanie Odwołującego do wyjaśnień. Należy wskazać, że co do zasady wykonawca ma wyłącznie jedną szansę na przedstawienie swojej argumentacji w celu rozwiania wątpliwości zamawiającego co do zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu. Niemniej jednak, wielokrotne przedstawianie wyjaśnień przez wykonawcę jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było niekonkretne, niepełne, a kolejne wezwania zamawiającego odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo wyartykułowano jest w sposób niejasny. W pozostałych przypadkach, to znaczy gdy pierwotne wezwanie zamawiającego jest precyzyjne, natomiast wyjaśnienia wykonawcy są nieprzekonujące, lakoniczne, czy też niepoparte dowodami, ponawianie zapytania do wykonawcy należy uznać za niedopuszczalne. Jak podnosi się w orzecznictwie Izby: „Wykonawca biorący udział w postępowaniu, jako profesjonalista, zobowiązany jest udzielić wyczerpujących wyjaśnień na pierwsze wezwanie zamawiającego, które jasno określało zakres wymaganych wyjaśnień. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców" (tak Izba w wyroku z dnia 18 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3216/21).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia 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: ……..