KIO 3149/24

WYROK

Warszawa, 26 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. B. „HURST" w miejscowości Sierakowo oraz HURST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Sierakowo w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Gmina Żmigród

przy udziale wykonawcy Tomga spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz 968 zł 63 gr (dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt trzy grosze) kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie;

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 4 568 zł 63 gr (cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

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 3149/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Żmigród, prowadzi w trybie podstawowym opisanym w art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp") postępowanie pn. „Nowa siedziba Urzędu Miejskiego w Żmigrodzie – adaptacja budynku przy ul. Batorego w Żmigrodzie, nr postępowania: IRL.271.7.2024, (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00388880/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. B. „HURST"

w miejscowości Sierakowo oraz HURST sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Sierakowo (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty oraz wadliwej oceny oferty wykonawcy TOMGA Sp. z o.o. ul. Gimnazjalna 6, 51-170 Wrocław (dalej: „TOMGA") poprzez błędne uznanie, że oferta w/w wykonawcy nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOMGA, w sytuacji gdy

oferta ta zawiera rażąco niską cenę za wykonania zamówienie, a wykonawca TOMGA wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał aby cena jaką zaoferowali w postępowaniu nie była rażąco niska; 2. naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOMGA w sytuacji, gdy jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę w zw. z art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy PZP bowiem TOMGA pomimo ciążącego na nim obowiązku nie udowodnił przyjęcia stawki roboczogodziny adekwatnej do przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia;

co skutkowało w ocenie Odwołującego

3. naruszeniem art. 239 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. odrzucenie z postępowania oferty złożonej przez TOMGA oraz

3. dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, bowiem naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp spowodowało, iż oferta TOMGA została wybrana jako najkorzystniejsza w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy, powinna podlegać odrzuceniu, a oferta Odwołującego w świetle przepisów prawa winna zostać oceniona najwyżej i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący został narażony na poniesienie kosztów związanych ze złożeniem oferty oraz utratą możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia spodziewanych zysków oraz doświadczenia przy realizacji tego zadania

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności opisując okoliczności faktyczne wskazał, że w ramach postępowania dokonano otwarcia ofert zgodnie z którą Odwołujący złożył najkorzystniejszą z 10 ofertę na kwotę 16 599 147,00 zł z 60 miesięcznym okresem gwarancji, a po „aktualizacji otwarcia ofert" Zamawiający dodał również ofertę TOMGA Sp. z o.o. na kwotę 13 942 022,00 zł z 60 miesięcznym okresem gwarancji. Po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez TOMGA Sp. z o.o. i ogłosił wynik postępowania uznając na najkorzystniejszą ofertę TOMGA Sp. z o.o. W dniu 25 lipca 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny, ponieważ jak wskazano w uzasadnieniu niniejszego wezwania, ceny zaoferowane przez Odwołującego wydały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W pierwszej kolejności w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący zaznaczył, że TOMGA Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania zamawiającego przedstawił swoje pisemne wyjaśnienia, których większa cześć stanowiła cytaty z orzecznictwa KIO. W zakresie konkretnych twierdzeń TOMGA Sp. z o.o. wskazał wyłącznie na fakt korzystnych okoliczności związanych z wykonywaniem innej roboty budowlanej w mieście Żmigród. Odwołujący co do zasady nie kwestionuję tej okoliczności jednakże zaznacza, iż fakt braku konieczności dowozu sprzętu i zaplecza z siedziby Wykonawcy oddalonej od Żmigrodu o 40 km nie mógł spowodować oszczędności rzędu 2,5 mln zł jakie dzieli drugą ofertę Odwołującego. Dodatkowo zaznaczyć należy, iż siedziba Odwołującego znajduje się o 15 km od miejsca prac i również w tym zakresie kalkulował on wynikające z tego sprzyjające okoliczności. Oszczędności wynikłe z w/w przesłanki mogą stanowić najwyżej kilkanaście tysięcy złotych. Powyższe mogłoby być zweryfikowane przy przedstawieniu przez TOMGA Sp. z o.o. kosztorysu zawierającego przyjęte koszty pośrednie. TOMGA Sp. z o.o. jednak w tym zakresie nie spełnił ciężaru dowodowego i w żaden sposób nie powiązał w/w okoliczności z realną, szczegółową i czytelną kalkulacją cenową. Nie sposób wiec przyjąć, iż TOMGA Sp. z o.o. wykazał istnienie związku w/w okoliczności z własną kalkulacją cenową. TOMGA Sp. z o.o. bowiem pomimo wskazania jednej konkretnej okoliczności w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób okoliczność ta spowodowała obniżenie ceny i jakich oszczędności mógł dzięki nim dokonać.

Dalej TOMGA Sp. z o.o. posłużył się dwoma załącznikami. Przedstawił spis środków trwałych (obejmujących m.in. motocykl HARLEY-DAVIDSON DW 660H) przy czym Odwołujący nie wie jak posiadanie powszechnie dostępnych i posiadanych przez wszystkich Wykonawców sprzętów może wpłynąć na 2,5 mln różnicę cenową. Dalej Odwołujący posłużył się „harmonogramem rzeczowo-finansowym", który w opinii Odwołującego stanowi idealny przykład ogólnikowości dowodu w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu z art. 224 ust. 1 PZP, z którego wynika, że wyjaśnienia i dowody muszą dotyczyć wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Odwołujący pragnie wyraźnie podkreślić, iż przedstawiony „harmonogram rzeczowo-finansowy" nie jest kalkulacją cenową, a wyłącznie rozbiciem ceny ofertowej. W dokumencie tym TOMGA Sp. z o.o. nie podał i nie uwzględnił jak szacował wysokość roboczogodzin, materiałów, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku, koszty nadzoru, nie rozpisał jakie założenia przyjął dla poszczególnych kategorii kosztów. Stanowi ona wyłącznie rozbicie ceny ofertowej na poszczególne branżę bez wyjaśniania jak przyjęto taką cenę i koszt. Przy czym takim wyjaśnieniem powinien być kosztorys pozwalający zweryfikować twierdzenia TOMGA Sp. z o.o. Na obecnym poziomie ogólnikowość wyjaśnień TOMGA Sp. z o.o. nie sposób ustalić jaką stawkę roboczogodzin pracy pracowników przyjął, czy uwzględnił zmiany ilości materiałów z odpowiedzi na pytania i odpowiedzi jakie udzielono w trakcie postępowania.

Zdaniem Odwołującego przedstawiony „harmonogram rzeczowo-finansowy" nie może być uznany za kalkulację cenową.

Kalkulacja cenowa powinna bowiem zawierać jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie do kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Wskazywany winien być tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp. Żadnych z takich danych nie sposób doszukać się w wyjaśnieniach TOMGA Sp. z o.o. W ramach odpowiedzi na wezwanie TOMGA Sp. z o.o. powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), ponieważ brak właściwego udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego kalkulacja cenowa powinna charakteryzować się co najmniej kompletnością, szczegółowością, spójnością i zgodnością z wymogami postępowania, a wyjaśnienia TOMGA Sp. z o.o. w szczególności w zakresie kalkulacji cenowej nie spełniają w/w przesłanek. „Harmonogram rzeczowo-finansowy" TOMGA Sp. z o.o. nie zawiera szczegółowego rozbicia kosztów i uniemożliwiała weryfikację dokonanej wyceny (wyrok KIO z 24 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 66/23).

Dodatkowo Odwołujący podkreśla, iż TOMGA Sp. z o.o. w zakresie w/w „harmonogramu rzeczowo-finansowego" i wskazanych w nim kwot poprzestał jedynie na gołosłownych deklaracjach. Na ich podstawie nie można uzyskać jednoznacznych informacji, czy wyliczone przez wykonawcę koszty przyjęto na poziomie, który umożliwia realizację zamówienia publicznego. W takim przypadku brak jest zdaniem Odwołującego jakiegokolwiek potwierdzenia, że poprawnie i rzetelnie wyliczono cenę ofertową,

która uwzględnia wszystkie elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 marca 2022 r.; sygn. akt KIO 600/22).

W wyroku z dnia 4 października 2019 r. KIO 1837 19 zwrócono uwagę, że „Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup licznych materiałów budowlanych jak w niniejszym postępowaniu). Zatem gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia, wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący zaznacza, iż w jego opinii całość wyjaśnień TOMGA Sp. z o.o. jest lakoniczna, gołosłowna i nie uprawdopodobniona. KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2015 r. (KIO 637/15) jednoznacznie podkreśliła, iż gdy zamawiający zwraca się nie tylko o udzielenie wyjaśnień, ale też o złożenie dowodów. Z kolei na wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje przy tym, że wykazać, oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca musi więc nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Mówiąc wprost, wykonawca musi złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, a zatem nie będą spełniać tego wymogu przesłanki "wykazania" gołosłowne tj. niczym nie poparte twierdzenia. Dodatkowo wyjaśnienie rażąco niskiej ceny musi być szczegółowe i wyczerpujące oraz kompletne już na pierwsze wezwanie zamawiającego (KIO 1895/19). W wyroku KIO z 21 października 2019 r. czytamy m.in.: „(...) nie jest rolą zamawiającego doszukiwanie się w wyjaśnieniach (rażąco niskiej ceny) wykonawcy czy domyślanie się, jakie założenia przyjął w swoich kalkulacjach. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To, jakie to są okoliczności, winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe wielokrotnie podkreślały w swoich orzeczeniach, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień 5

rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2185/14; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt I Ca 117/12; wyrok Sadu Okręgowego Warszawa-Praga, sygn. akt IV Ca 1299/09; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt 179/13). Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami.

Odwołujący podkreśla, iż przyjęta w zamówieniu cena ryczałtowa nie może stanowić pretekstu do nie ujawniania kalkulacji oraz poprzestawania na ogólnikowych twierdzeniach. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia – bez względu na budowę kosztorysową czy ryczałtową wynagrodzenia – powinny być „konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt

KIO 888/21). W celu wykazania zatem realności ceny, wykonawca każdorazowo, również przy cenie ryczałtowej, zobowiązany jest przedstawić przekonywującą kalkulację. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 marca 2017r. sygn. akt: KIO 72/17, wskazuje, że „jest rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 ustawy Pzp [obecnie art. 224 ustawy PZP – dopisek autora] i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp [obecnie art. 224 ust. 6 ustawy PZP]".

Z uwagi na ogólnikowość „harmonogramu rzeczowo-finansowego" nie sposób Odwołującemu (i na wcześniejszym etapie Zamawiającemu) odnieść się do zasadności przyjętych założeń cenowych. Odwołujący zwraca wyłącznie uwagę, na zaniżenie wartości wszystkich prac oraz drastyczne zaniżenie w jego opinii kosztów jednej z ostatnich pozycji w odniesieniu do harmonogramu prac tj. budowy nowego budynku. To ta pozycja została zdaniem Odwołującego w sposób drastyczny dotknięta przesłanką rażąco niskiej ceny. Taka okoliczność powinna skłonić Zamawiającego do analizy przyjętych stawek roboczogodziny oraz kosztów zakupu materiałów do budowy nowego budynku. Jednakże dokonanie takiej analizy przy ogólnikowości „harmonogramu rzeczowo-finansowego" nie jest możliwe.

W zakresie drugiego z zarzutów Odwołujący podnosi, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Dalej na podstawie art. 224 ust. 4 ustawy PZP w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać nie tylko wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, ale także wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa 6

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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wykonawca TOMGA Sp. z o.o. w powyższym zakresie ograniczył się do pisemnych i gołosłownych wyjaśnień. Żadnym dowodem nie uzasadnił, iż przyjęta stawka w zakresie kosztów pracy odpowiada odrębnym przepisom. Za taki dowód nie może zostać uznany „Harmonogram rzeczowo-finansowy". Dokument ten z uwagi na swoją ogólnikowość nie pozwala przeanalizować wyliczeń dotyczących ceny i kosztów, w tym dotyczących minimalnego wynagrodzenia. Wyłącznie złożone kosztorysu zawierającego w sposób odpowiednio szczegółowy zaprezentowanie ilość i ceny roboczogodziny pozwoliłby Wykonawcy udowodnić spełnienie przepisów odrębnych. W konsekwencji Wykonawca TOMGA Sp. z o.o. nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku dowodowego, co skutkować musi uznaniem, iż nie spełnia on normy z art. 224 ust. 4 ustawy PZP.

Jeżeli rzekoma kalkulacja cenowa w postaci „harmonogramu rzeczowo-finansowego" TOMGA Sp. z o.o. nie wskazuje, iż do ustalenia ceny przyjęto wynagrodzenia pracowników na poziomie przewyższającym wartość ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę, oraz że koszty pracy wyliczone przy zastosowaniu wynagrodzeń w takiej wysokości zostały uwzględnione w cenie oferty, to zamawiający miał obowiązek uznać wyjaśnienia za niewystarczające (wyrok z 21 września 2016 sygn. akt KIO 1656/16, 1664/16).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca TOMGA sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu. W dniu 9 września 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

W dniu 17 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę TOMGA sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej

jako: „Uczestnik"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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

- art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 17 ust. 2 Pzp – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert przeprowadził procedurę wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny Uczestnika, w wyniku której wykonawca ten składał wyjaśnienia wraz z dowodami w dniu 19 sierpnia 2024 r. i w dniu 26 sierpnia 2024 r. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwań, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez Odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta winna zostać odrzucona. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż stawiane w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, ponieważ to ono determinuje treść składanych wyjaśnień. Jeżeli zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez zamawiającego. Trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien

wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy.

Ponadto, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp). Aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację wykonawcy. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż jednostka zamawiająca w postępowaniu objętym sporem.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba pragnie na wstępie wskazać, iż dostrzega ogólnikowy charakter złożonych przez Uczestnika wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2024 r. oraz ograniczony zakres dowodów złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami. W ocenie Izby treść złożonych przez Uczestnika wyjaśnień była jednak w zasadniczej mierze determinowana treścią wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego i niezależnie od oceny ich zawartości odpowiadała na sformułowane w nich zagadnienia. Analizując treść wezwania z dnia 6 sierpnia 2024 r. Izba doszła do przekonania, że wezwanie to miało charakter ogólny, niewskazujący, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują Zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Trudno zaś oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy Zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie zauważyć należy, iż w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2024 r. Uczestnik przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy, zawierający przedstawienie kosztów oferty z podziałem na poszczególne działy. Ostatecznie zatem Uczestnik przedłożył w toku procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny dokument wraz ze wskazaniem konkretnych kwot za wykonanie poszczególnych zakresów prac. W ocenie Izby Uczestnik przedstawił zatem wymierne wartości, które mogły zostać poddane ocenie zarówno przez Zamawiającego, jak i przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tymczasem treść zarzutów odwołania w ocenie Izby ogranicza się do ogólnej polemiki z twierdzeniami Uczestnika przedstawionymi w treści wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2024 r., obejmującej po pierwsze wskazywanie ich ułomności, ogólności oraz braków, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości przedstawione w kalkulacji Uczestnika bądź zaoferowana przez niego cena całkowita zostały zaniżone i to w stopniu który czyniłby ją ceną rażąco niską.

W pierwszej kolejności Odwołujący odnosząc się do przywołanej przez Uczestnika okoliczności związanej z realizacją innej inwestycji w pobliskiej lokalizacji na terenie miasta Żmigród należy wskazać, że Odwołujący co do zasady nie kwestionował tej okoliczności jednakże zaznaczył, iż powyższe nie mogło spowodować oszczędności rzędu 2,5 mln zł jakie dzieli drugą ofertę Odwołującego, lecz najwyżej kilkanaście tysięcy złotych. Wobec powyższego należy wskazać, iż Uczestnik nie wskazywał, iż rzeczona okoliczność przyniosła oszczędności w tej wysokości, lecz była ona w treści wyjaśnień przywołana jako jeden z czynników skutkujących korzystnymi warunkami świadczenia usług, mający wpływ na kalkulację. Odnosząc się zaś do podnoszonego przez Odwołującego braku przedstawienia przez Uczestnika kosztorysu zawierającego przyjęte koszty pośrednie, wskazać należy że obowiązek taki nie wynikał zarówno z dokumentacji postępowania, jak również treści wezwań Zamawiającego kierowanych do Uczestnika.

Odnosząc się do złożonego przez Uczestnika dowodu w postaci spisu środków trwałych Odwołujący wskazał, iż nie wie jak posiadanie wykazanych przez Uczestnika w przedmiotowym spisie sprzętów miałoby się przekładać na 2,5 mln zł różnicy w cenie w stosunku do ofert Odwołującego. Podkreślić należy, że podnosząc powyższe – podobnie jak w przypadku wcześniejszego argumentu – Odwołujący w jakimkolwiek stopniu nie kwestionuje ceny zaoferowanej przez Uczestnika, lecz odnosi się jedynie do różnicy pomiędzy wysokością tej oferty a ofertą Odwołującego. Nie sposób zatem uznać, iż podnoszona kwestia miałaby w jakimkolwiek stopniu przesądzać o rażąco niskim charakterze ceny Uczestnika.

Odwołujący w dalszej kolejności w swojej argumentacji kwestionował złożony przez Uczestnik harmonogram rzeczowo-finansowy. W swojej argumentacji Odwołujący ponownie w jakimkolwiek stopniu nie odniósł się jednak do kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w rzeczonym harmonogramie. Odwołujący w argumentacji skoncentrował się na wskazywaniu w jaki sposób Uczestnik powinien taki harmonogram sporządzić, w szczególności podkreślając, że uczestnik nie podał i nie uwzględnił jak szacował wysokość roboczogodzin, materiałów, kosztów pośrednich, kosztów zarządu, zysku, koszty nadzoru, nie rozpisał jakie założenia przyjął dla poszczególnych kategorii kosztów. Powyższe w ocenie Odwołującego powodowało, że przedstawiony harmonogram rzeczowo-finansowy nie jest kalkulacją cenową, a wyłącznie rozbiciem ceny ofertowej. W tym miejscu wskazać należy, że taki charakter harmonogramu wynika wprost z treści wezwania skierowanego do Uczestnika przez Zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2024 r., w którym to wezwaniu Zamawiający zwrócił się o przedstawienie kosztów oferty z podziałem na poszczególne działy zgodnie z załączonym harmonogramem rzeczowo – finansowym. Tym samym wszelkie twierdzenia Odwołującego odnośnie tego co rzeczony harmonogram powinien zawierać oraz jakie elementy powinien uwzględnić w nim Uczestnik należy uznać wyłącznie za oczekiwania własne Odwołującego nieznajdujące oparcia w dokumentacji postępowania i treści wezwania skierowanego do Uczestnika przez Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnień ceny.

Odwołujący wskazywał, że z uwagi na ogólnikowość harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez Uczestnika nie sposób odnieść się do zasadności przyjętych przez Uczestnika założeń cenowych. Jednocześnie Odwołujący wskazywał na zaniżenie wartości wszystkich prac oraz drastyczne zaniżenie kosztów jednej z pozycji tj. budowy nowego budynku. W ocenie Izby przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie argumentacja jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej bowiem strony Odwołujący wskazuje na brak możliwości weryfikacji przyjętych przez Uczestnika założeń cenowych, z drugiej zaś Odwołujący wskazuje że ceny są zaniżone, w tym jedna w sposób drastyczny. Poza powyższym gołosłownym twierdzeniem Odwołujący – pomimo iż w ocenie Izby miał taką możliwość – nie przedstawił w tym zakresie wyliczeń wskazujących na zasadność podnoszonych w odwołaniu argumentów. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może zaś sprowadzać się do ogólnikowych zapewnień, że cena jest rażąco czy też drastycznie niska. Nic nie stało w ocenie Izby na przeszkodzie, aby Odwołujący poparł swoje twierdzenia kalkulacjami, które by je potwierdziły – przykładowo odnosząc się do swojego doświadczenia i obiektywnych okoliczności, przedstawić powody, które uzasadniałyby, że profesjonalista działający na tym rynku powinien liczyć dany składnik cenowy inaczej. Gołosłowne wskazanie, że cena jest zaniżona i to w sposób drastyczny, bez wykazania uchwytnych i wymiernych podstaw poczynionych założeń, które uzasadniałyby, że wartości w kalkulacji Uczestnika są zaniżone, a te w kalkulacji Odwołującego prawidłowe, nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

Analogicznie do powyższego należało potraktować argumentację Odwołującego odnoszącą się do braku udowodnienia przez Uczestnika przyjęcia stawki roboczogodziny adekwatnej do przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia. Również w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek, choćby przybliżonych wyliczeń w zakresie tego jaki jest wymagany minimalny zakres kosztów pracy w świetle zobowiązań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, tak aby co najmniej uprawdopodobnić stawianą tezę o naruszeniu przez Uczestnika przy kalkulowaniu ceny ofertowej przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Mając na uwadze zatem, że Odwołujący – jak wskazano wcześniej – nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które podważałyby prawidłowość czynności Zamawiającego kwestionowanych w treści stawianych zarzutów, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……