sygn. akt: KIO 3364/24

WYROK

Warszawa, 7 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2024 r. przez wykonawcę Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A; 20-340 Lublin,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – M.-Energetyka S.K.A., Teodorówka Kolonia 17B, 23-440 Frampol,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia nr 1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13, odrzucenie oferty wykonawcy M.-Energetyka S.K.A., Teodorówka Kolonia 17B, 23-440 Frampol w częściach zamówienia nr 1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13, ponowne badanie i ocenę ofert w częściach zamówienia nr 1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.-Energetyka S.K.A., Teodorówka Kolonia 17B, 23-440 Frampol i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 230 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście trzydzieści złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław, tytułem dojazdu na rozprawę,

2.2. zasądza od wykonawcy M.-Energetyka S.K.A., Teodorówka Kolonia 17B, 23-440 Frampol na rzecz wykonawcy Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław łączną kwotę 19 830 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset trzydzieści złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Olbis sp. z o.o., ul. Grabiszyńska 163 lok. 405; 53-437 Wrocław, stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego.

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 3364/24

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Usługa modernizacji i wyposażenia stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowokontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość”.

16 września 2024 roku, wykonawca Olbis sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie zamawiającego polegającą na:

1) nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M.-Energetyka S.K.A, Teodorówka Kolonia 17B, 23-440 Frampol (dalej: M.-Energetyka),

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez M.-Energetyka – mimo, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez tego wykonawcę są:

a) przeznaczone dla PGE Dystrybucja Oddział Rzeszów, podczas gdy przedmiotowe postępowanie dotyczy Zamościa,

b) sprzeczne z treścią złożonej przez niego oferty, a to w tym zakresie, że pomimo złożenia w ofercie oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia na potwierdzenie ceny podmiot ten złożył kosztorys

wystawiony przez podmiot trzeci (EL-MAR s.c. M. P. M. Ł.),

3) zaniechaniu odrzucenia oferty M.-Energetyka, w sytuacji, w której wykonawca ten nie zdołał obalić domniemania, że zaoferowano rażąco niską ceną, co budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zadania;

– które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13 – a o czym odwołujący dowiedział się z pisma z 6 września 2024 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 p.z.p., przez wybór oferty M.-Energetyka podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co w szczególności wynika z wyjaśnień złożonych przez M.-Energetyka wobec wezwania tego wykonawcy przez zamawiającego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p. – w tym z uwagi na:

a) przyjęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny od M.-Energetyka w sytuacji, kiedy kosztorysy załączone do wyjaśnień:

- przeznaczone są dla PGE Dystrybucja Oddział Rzeszów, podczas gdy przedmiotowe postępowanie dotyczy Zamościa,

- pochodzą od podmiotu trzeciego, tj. EL-MAR s.c. M. P. M. Ł., podczas gdy w złożonej ofercie w sekcji III.8 M. Energetyka S.K.A. oświadczyła, że zamówienie wykona

własnymi siłami. W tych okolicznościach nieuprawnione jest przedstawienia kosztorysu pochodzącego od podmiotu trzeciego na uzasadnienie zaoferowanej ceny,

- zawierają wyłącznie wybrane pozycje (zatem nie stanowią kompleksowego wyjaśnienia ceny oferty) - co powoduje, że zamawiający powinien uznać, że M. Energetyka w ogóle nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

b) brak przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (a która to konieczność wynika nie tylko z przepisów i orzecznictwa, ale wskazał na nią wprost sam zamawiający w treści wezwania z 8 sierpnia 2024 r.), jak również wobec braku przedstawienia w treści wyjaśnień poszczególnych kosztów (np. transportu, koordynacji), cen i założeń oraz zaniżenia poszczególnych kosztów (np. stawki za roboczogodzinę, bez uwzględnienia obciążeń publicznoprawnych), czy też oparcie się jedynie na zapewnieniu ww. wykonawcy o rzekomym doświadczeniu, co w żaden sposób nie dowodzi o prawidłowości oferty, nadto złożone wyjaśnienia są lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości przyjętych cen i kosztów – w konsekwencji czego wykonawca nie obalił domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a kosztorysy zawierają błędy merytoryczne,

- wobec powyższego doszło do nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. przez brak odrzucenia oferty M. Energetyka, a podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią specyfikacji warunków zamówienia z załącznikami, a co potwierdza treść wyjaśnień złożonych przez M. Energetyka S.K.A., z których to wynika, że wykonawca nie uwzględnił wszystkich obowiązków mających spoczywać na wykonawcy, w szczególności w zakresie koordynacji harmonogramu wyłączeń -a przez co złożona oferta nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, co winno skutkować ich odrzuceniem;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu, aby:

1) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę M. Energetyka.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b 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 (Dz. U. poz. 2437).

Jednocześnie, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1) wezwania do złożenia wyjaśnień wysłanego do wykonawców przez zamawiającego celem wykazania zakresu żądanych wyjaśnień i przedstawienia dowodów na ich poparcie,

2) wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez M. Energetyka celem wykazania, że podmiot ten nie złożył wystarczających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w rezultacie nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena gwarantuje wykonanie zamówienia, a to z powodów: (1) przedstawienia kalkulacji dla innego rejonu – zamiast dla Zamościa M. Energetyka przedstawiła wyjaśnienia dla Rzeszowa, (2) kosztorys został sporządzony przez podwykonawcę EL-Mar s.c. M. P., M. Ł., podczas gdy z treści oferty wynika, że M. Energetyka zobowiązała

się do zrealizowania umowy własnymi siłami, (3) nieujęcia wszystkich składowych ceny, np. kosztów transportu, kosztów koordynacji, kosztorys dotyczący stacji napowietrznej zawiera błędy merytoryczne,

3) wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej EL - MAR M. P. M. Ł. celem wykazania istnienia podmiotu gospodarczego, którego kosztorys został przedłożony na wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a który jest podwykonawcą w stosunku do składającej ofertę M. Energetyka.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami p.z.p., prawidłowo ocenił ofertę M. Energetyka, wówczas doszedłby do jednoznacznej konstatacji, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z postanowieniami SWZ, a cena tej oferty jest rażąco niska. Gdyby więc zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji tej oferty, wówczas oferta odwołującego mogłaby zostać uznana we wskazanych częściach postępowania (1-2, 4-13) za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zamawiający zwrócił się do M. Energetyka o udzielenie wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust.

2 pkt 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe M. Energetyka udzieliła wyjaśnień dołączając do nich kosztorysy ofertowe, w których przedstawiono kalkulację cenową wybranych pozycji.

Zdaniem odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia w żaden sposób nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, w szczególności z uwagi na wady formalne złożonego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz brak udowodnienia wiarygodności swojej ceny. M. Energetyka – pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego nie tylko z ustawy, ale nawet

z samego wezwania – nie przedstawił „dowodów w zakresie wyliczenia ceny", mających potwierdzać rzekomą rynkowość zaoferowanych przez niego cen.

Odwołujący wskazuje, że z treści przedstawionych wyjaśnień wynika, że zostały one sporządzone dla PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Rzeszowie, podczas gdy w przedmiotowym postepowaniu wyjaśnienia powinny być przedstawione, a cena skalkulowana dla Oddziału w Zamościu.

Po wtóre odwołujący zwraca uwagę, że kosztorys został sporządzony przez podmiot trzeci, tj. EL – MAR s.c. M. P. M. Ł., tymczasem z treści oferty sporządzonej przez M. Energetyka wynika, że umowa z zamawiającym będzie realizowana bez podwykonawców. Zamawiający pozostawił potencjalnemu wykonawcy możliwość skorzystania z podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca powinien więc na etapie ubiegania się o zamówienie znać zakres, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, bo w przeciwnym razie nie będzie mógł go im powierzyć w ogóle. Będzie więc zmuszony sam wykonać cały zakres zamówienia. Nie musi natomiast mieć wybranych podwykonawców – ich nazwy powinny być podane jedynie w przypadku, gdy są znane wykonawcy na etapie ubiegania się o zamówienie. Tymczasem M. Energetyka w formularzu oferty zapewnia zamawiającego o wykonaniu zamówienia własnymi siłami, bez podwykonawców, a wyjaśnienia rażąco niskiej ceny opiera na kosztorysie sporządzonym przez inny podmiot. Na marginesie zauważyć należy, że nie jest jasne jaki zakres prac miałaby wykonać M. Energetyka, skoro wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia zostały skalkulowane przez podwykonawcę. Wypada zauważyć, że nie jest możliwe zlecenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, co wyraźnie wynika z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ostrożności, poza zarzutami formalnym odwołujący wskazuje na niekompletność, lakoniczność i nieprawidłowość wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wprost wskazał na konieczność udzielenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów. M. Energetyka nie dołączył jakichkolwiek faktur, ofert dostawców, którzy – zgodnie z treścią oferty złożonej przez M. Energetyka będą zapewniać dostawy o wielkości większej niż 10% użytych elementów do realizacji zamówienia (M. Energetyka podała 4 takie podmioty), czy chociażby rozliczenia transportu, którego wartość jest jednym z istotnych elementów cenotwórczych. Należy także pochylić się nad wartością roboczogodziny zawartą w złożonej przez Marczak Energetyka ofercie. Z pozoru tylko mogłoby się wydawać, że wartość ta jest skalkulowana prawidłowo, wynosi bowiem 30,95 zł. Jednak po pogłębionej analizie tej kwestii zauważyć należy, że faktyczny koszt pracodawcy za 1 godzinę pracy pracownika znacznie przewyższa tę kwotę. I tak M. Energetyka w ofercie oświadczyła, że będzie zatrudniać osoby do realizacji umowy z zamawiającym na umowę o pracę. Wskazała, że w oparciu o umowę o pracę pracują (…). Umowy te nie zostały załączone w charakterze dowodów. Nawet gdyby uznać, że osoby te (co jest mało prawdopodobne) pracują za stawkę minimalną

– na dzień składania ofert 4.300 zł, to 5.180,64 zł – biorąc pod uwagę obciążenia publicznoprawne, które zobowiązany jest ponieść pracodawca. Zatem stawka godzinowa za 1 pracownika zatrudnionego na umowę o pracę za minimalne wynagrodzenie wynosi 31,58 zł przy założeniu 164 godzinnego miesiąca pracy. Już z tego wyliczenia jasno wynika, że złożona przez M. Energetyka oferta jest niedoszacowana, co oznacza, że zawiera rażąco niską cenę. Badanie rażąco niskiej ceny w aspekcie kosztów pracy nie może sprowadzać się jedynie do analizy, czy ich wycena nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Realność założeń kosztowych w przypadku kosztów pracy należy badać z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia, a w szczególności wymaganego poziomu wykształcenia i kwalifikacji osób, jakie należy zatrudnić do realizacji zamówienia. Dodatkowo, należy zauważyć, że wykonawca opiera swoje wyjaśnienia głównie na prostych zapewnieniach i rzekomym doświadczeniu, przy czym w tym zakresie również nie przedstawia żadnych dowodów oferując jedynie możliwość ich przedstawienia.

W nawiązaniu do powyższego, wskazać można, że koncentrowanie wyjaśnień na gołosłownym zachwalaniu doświadczenia firmy i kadry nie jest wystarczające. Jednocześnie, udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu (zob. np. wyrok KIO z 14.02.2022 r., KIO 220/22, LEX nr 3362673).

Odwołujący zwraca także uwagę na to, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały przez M. Energetyka złożone na wszystkie części postępowania, tj. od 1-14, podczas gdy M. Energetyka nie składał oferty w części 3 prowadzonego postępowania.

W treści kosztorysu EL-MAR s.c. M. P. M. Ł. wycenia w zakresie stacji napowietrznych przyścienny montaż rozdzielnic. Należy zauważyć, że przy stacjach napowietrznych nie ma ścian, montażu dokonuje się na słupach (często na wysokości), w żadnym razie nie można uznać, że tego rodzaju montaż jest adekwatny do faktycznego przedmiotu usługi.

Podążając za orzecznictwem KIO należy wskazać, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1530/22). Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo

wskazać konkretne, dające zweryfikować się czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie (…). Złożenie dowodów odnoszących się do przyjętych założeń kalkulacyjnych stanowi konieczny element w procedurze wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (zob. Wyrok SO w Warszawie z 31.08.2021 r., XXIII Zs 71/21, LEX nr 3301527).

Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa odpowiedź wykonawcy na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy p.z.p. nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Złożenie wyjaśnień, które nie wyjaśniają wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oferty winno skutkować odrzuceniem oferty. Przykładowo, w wyroku KIO z 12 lutego 2024 r., KIO 178/24: Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. To wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

Do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, M. Energetyka powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia. Brak wykonania powyższego stanowi o tym, że wyjaśnienia są gołosłowne i – jako takie – powinny skutkować odrzuceniem oferty, której dotyczą. Potwierdza to chociażby wyrok KIO z 24.11.2017 r., KIO 2380/17.

Warszawski Sąd Okręgowy podobnie podszedł do wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej w wyroku z 30 maja 2018 r. (sygn. akt XXIII Ga 255/18), w którym podkreślił, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a argumentacja co do realności zaoferowanej ceny musi opierać się na materiale dowodowym w sposób niezbity i wyczerpująco wykazującym słuszność twierdzeń oferenta co do wysokości kosztów do poniesienia. W tym kontekście Sąd wskazał, że wykonawca „odnosi się wprawdzie ogólnikowo do kosztów osobowych, zarządzania, utrzymania systemu, etc, ale po pierwsze kosztów tych szczegółowo nie wyodrębnia, pozostając jedynie przy stwierdzeniu, że cenę danego elementu wkalkulowano w inny, uwzględniając stosowną marżę".

Podobnie w orzeczeniu z 22 maja 2019 r. sygn. KIO 809/19 Krajowa Izba Odwoławcza negatywnie oceniła braki dowodowe w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Izba podkreśliła, że dowody muszą być adekwatne i przekonujące i nie mogą ograniczać się do ogólnikowego materiału. Reasumując, w świetle powyższego wyjaśnień M. Energetyka nie można uznać za wiarygodne, a tym bardziej, by obalały domniemanie co do rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są niepełne, a przede wszystkim niepotwierdzone dowodami, pomimo tego, że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie podkreślał obowiązek przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz to, że z wyjaśnień mają wynikać wyliczenia wartości przedstawionej oferty cenowej.

Wyjaśnienia potwierdzają, że oferta nie obejmuje całości zamówienia czy też poszczególne koszty i ceny są poniżej poziomu rynkowego, co winno skutkować odrzuceniem oferty. Wystarczy proste zestawienie warunków zamówienia z treścią wyjaśnień złożonych przez odwołującego i treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, aby ustalić, że oferta ta nie obejmuje poszczególnych kosztów czy też opiera się na ich zaniżeniu poniżej poziomu cen rynkowych, a w szczególności kosztów transportu czy kosztów pracy. Już fakt użycia przez wyjaśniającego sformułowania, że kalkulacja cenowa dotyczy wybranych pozycji świadczy o niekompletności – a co za tym idzie – nieprzydatności złożonych wyjaśnień.

Zamawiający w projekcie umowy (i w załącznikach stanowiących jej integralną część) określił, jakiego zakresu realizacji usług oczekuje od wykonawcy zamówienia. W nawiązaniu do powyższego, w kontekście zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. wskazuje się, że – zgodnie z ustawową definicją – pod pojęciem warunków zamówienia rozumie się warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia określone w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, kryteriach oceny ofert oraz wymaganiach proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem, z treści przepisów ustawowych wynika, że na warunki zamówienia składają się wszystkie istotne elementy kształtujące prowadzone postępowanie oraz realizację świadczenia, tj. w szczególności opis przedmiotu zamówienia, a także projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie z SWZ (zob. B. Kardas, Ocena ofert na gruncie nowego PZP, LEX/el. 2020). Dokonując kompleksowej analizy art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., przyjmuje się, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne (zob. A. Gawrońska-Baran [w:]

E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 226). Idąc dalej, w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest „niezgodna z warunkami zamówienia".

Mając na względzie powyższe, należy wskazać, że – w ocenie odwołującego – złożona oferta przez M. Energetyka nie koresponduje z warunkami zamówienia, w szczególności z projektowaną treścią postanowień umownych (koordynacja i harmonogram wyłączeń). Wskazane elementy nie zostały uwzględnione– co stanowi dowód na istnienie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, jak już wskazano powyżej – podnieść należy, że złożone wyjaśnienia są lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości ceny, kosztów, a przez co nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę.

Odwołujący zwraca uwagę, że M. Energetyka nie przedstawił żadnych wyliczeń czy założeń co do ilości pracowników, a co za tym idzie kosztów wynagrodzeń. W sytuacji wskazania przez zamawiającego na taką konieczność – powyższe jednoznacznie potwierdza konieczność odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazuje, że zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy p.z.p. oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach). Tymczasem w wyniku zaniechania odrzucenia oferty M. Energetyka, a co nakazują przepisy ustawy p.z.p. (na co powyżej wskazano) zamawiający uniemożliwił udzielenie zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu.

W konsekwencji zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych przez obu wskazanych wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący do postępowania odwoławczego M.-Energetyka (uczestnik) wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Odnosząc się merytorycznie do podniesionych przez odwołującego zarzutów odwołania wskazał, co następuje.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych zaoferowanej ceny wskazując, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności zarządzania procesem produkcji, wybranych rozwiązań technologicznych, itp., wymieniając elementy z art. 224 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie wskazał konkretnie jakich informacji dokładnie żąda od przystępującego, więc to do przystępującego należała decyzja w tym zakresie i to on samodzielnie zadecydował o przedstawieniu szczegółowych kalkulacji cenowych. I tak w kosztorysie – montaż układów bilansujących w stacjach wewnętrznych – przystępujący szczegółowo rozpisał koszty montażu elementów układów bilansujących w stacjach wewnętrznych, uwzględniając poszczególne elementy KNR 514/10/1, rozpisując koszty robocizny, materiałów i pozostałych nakładów, wyliczając zysk w wysokości 11,20%. Przystępujący załączył do swoich wyjaśnień również drugi kosztorys, gdzie tak samo szczegółowo rozpisał koszty montażu elementów układów bilansujących w stacjach napowietrznych, uwzględniając poszczególne elementy KNR 514/10/1, rozpisując koszty robocizny, materiałów i pozostałych nakładów, wyliczając zysk w wysokości 11,20%.

Zgodnie z opinią komentatorów: Okoliczności wskazane w art. 224 ust. 3 [p.z.p.] wykonawca może wziąć pod uwagę składając wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, ale nie musi. Ustawodawca wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia te "mogą dotyczyć w szczególności". Wykonawca więc może wskazać na inne okoliczności, które w jego ocenie uzasadnią realność zaoferowanej ceny. Dowolność wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień może być determinowana treścią wezwania zamawiającego. W takim przypadku, wykonawca powinien zastosować się do konkretnie wskazanych wątpliwości zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Dotyczy to także okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 4 [p.z.p.], w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi [Matusiak Agnieszka, Dowodzenie realności ceny].

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach obalił domniemanie, że zaoferowano rażąco niską cenę - poprzez przedstawienie środków dowodowych w postaci kosztorysów ofertowych, w których została przedstawiona kalkulacja cenowa wybranych pozycji – kosztorysy montażu układów bilansujących w stacjach napowietrznych oraz montażu układów bilansujących w stacjach wnętrzowych - stanowią one szczegółowe zestawienie robót, materiałów, usług oraz dostaw zachodzących przy montażu układu bilansującego.

Jak wskazują komentatorzy (Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V): Jeżeli zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretnie elementy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i tych, które sam uważa za istotne (wyrok KIO z 19.11.2018 r., KIO 2278/18, LEX nr 2620535).

Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, rolą zaś zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Zgodnie bowiem z orzeczeniami KIO:

- KIO 3039/23 - swoje wyjaśnienia Wykonawca powinien poprzeć dowodami. Wykonawca może powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

- KIO 1453/18 - Jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą cenę przedmiotu zamówienia.

Wskazać też należy, że poza ogólnymi stwierdzeniami, odwołujący nie zakwestionował kalkulacji ceny załączonej do wyjaśnień przystępującego, co potwierdza, że cena jest rynkowa i została należycie skalkulowana.

Odnosząc się dalej do argumentu odwołującego, że szczegółowe kosztorysy cenowe złożone w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są zatytułowane na Inwestora: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów, a niniejsze postępowanie dotyczy Zamościa - wskazać należy, że powyższe nie ma żadnego znaczenia dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż załączone kosztorysy dotyczą montażu układów bilansujących w stacjach napowietrznych i są uniwersalne (dotyczą zarówno Rzeszowa jak i Zamościa) a oba SWZ dotyczą usługi modernizacji i wyposażenia stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowo-kontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Kosztorys opisujący opomiarowanie jednej stacji jest więc uniwersalny i nie ma znaczenia czy dotyczy on oddziału w Zamościu czy też Rzeszowie- wszystkie stacje w PGE są takie same - dowód: fragmenty załączników Nr 1 do SWZ odpowiednio dla terenów działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów świadczące o ich zbieżności.

Z załączników nr 4 do SWZ odpowiednio dla terenów działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Rzeszów wynika ich zbieżność (jedyną różnicę stanowi ilość zamówienia, która w żaden sposób nie ma przełożenia na kosztorys opomiarowania jednej stacji).

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO (KIO 146/24):

„Wskazać należy, uwzględniając cel przepisu art. 224 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 p.z.p., że drobne omyłki i błędy kalkulacyjne, które nie wpływają na ogólny odbiór wyjaśnień, tj. nie powodują, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, nie powinny

stanowić powodu do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę. Przepisy dotyczące ceny rażąco niskiej nie służą temu by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś brakami, a temu by chronić zamawiających i interes publiczny przed narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty

Instytucja zamawiająca, która zidentyfikuje nieścisłości w wyjaśnieniach powinna w pierwszej kolejności ocenić, czy wpływają one na ogólny ich odbiór, tj. czy powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w dostatecznym stopniu. Jeśli faktycznie charakter błędów jest na tyle istotny, że poddaje w wątpliwość całość złożonych wyjaśnień, sankcja odrzucenia oferty jest uzasadniona. Nie powinny jednak prowadzić do odrzucenia oferty błędy mało istotne czy też pomyłki kalkulacyjne o marginalnym znaczeniu. Tego typu podejście jest przejawem nadmiernego formalizmu i nie ma nic wspólnego z celem, dla jakiego przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 p.z.p. zostały wprowadzone do ustawy”.

Opomiarowanie stacji, zwłaszcza stacji napowietrznych, polega na wyposażeniu jej w różne urządzenia pomiarowe i sensory, które monitorują kluczowe parametry pracy systemu. Dzięki temu możliwa jest kontrola i optymalizacja procesów, a także szybkie wykrywanie ewentualnych problemów i ich korekta. Celem opomiarowania jest zarówno zwiększenie efektywności stacji, jak i zapewnienie bezpiecznej oraz stabilnej pracy. Na opomiarowanie składa się montaż układów balansujących napowietrznych i wewnętrznych. Kosztorys opisujący opomiarowanie jednej stacji jest więc uniwersalny i nie ma znaczenia czy dotyczy on oddziału w Zamościu czy też Rzeszowie- wszystkie stacje w PGE są takie same.

Idąc za orzeczeniem KIO 146/24 wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez M.- Energetyka przeznaczone dla PGE Dystrybucja Oddział Rzeszów nie wpływają w żaden sposób na ogólny ich odbiór i w sposób ciągły i logiczny uzasadniają cenę podaną w ofercie w dostatecznym stopniu.

Należy uznać więc wpisanie Oddziału Rzeszowa jako omyłkę pisarską: Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (zob. wyrok z 26 listopada 2008 r., KIO/UZP 1326/08).- w tym przypadku wiadomo przecież, że chodzi o Zamość, jeżeli całe postępowanie dotyczy Zamościa wskazanie nagle Rzeszowa jest nielogiczne i wskazuje właśnie na nieświadomą pomyłkę nie wpływającą w żaden sposób na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Również fakt, że kosztorys został sporządzony przez EL-Mar s.c. M. P., M. Ł. nie powoduje, że wyjaśnienia przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny są niewiarygodne. Tak jak zostało wskazane powyżej, taka omyłka nie ujmuje to w żaden sposób merytorycznej treści wyjaśnień przystępującego.

Niezależnie od powyższego przystępujący wskazuje, że w SWZ zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia. Zgodnie zaś z KIO:

a) W wyroku z dnia 10 lutego 2022 r., KIO 215/22 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp" (por. wyrok z 12 czerwca 2018 r., KIO 1073/18 oraz z 21 listopada 2017 r., KIO 2336/17).

b) Brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli są już znani, przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia (zob. wyrok z 22 września 2022 r., KIO 2340/22).

c) Mając na uwadze przytoczone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy przyjąć, że brak w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (por. wyrok z 2 lipca 2019 r., KIO 1082/19).

d) KIO 883/24 Oświadczenie w przedmiocie podwykonawstwa nie stanowi treści oferty sensu stricte, co wynika z okoliczności, że na etapie realizacji zamówienia wykonawca może zmienić zadeklarowany zakres podwykonawstwa w sposób przewidziany przepisami, umową czy postanowieniami SWZ (z ograniczeniami - jeśli został przewidziany obowiązek osobistego wykonania zamówienia). Powyższe stanowisko potwierdza art. 464 p.z.p. oraz następne, w ramach, których określony jest mechanizm

zgłaszania oraz zmian umów podwykonawczych, bez ograniczenia co do pierwotnie zadeklarowanego zakresu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia określonymi treścią SWZ z załącznikami, co wg odwołującego potwierdza treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego z których wynika, że wykonawca nie uwzględnił wszystkich obowiązków mających spoczywać na wykonawcy, w szczególności w zakresie koordynacji harmonogramu wyłączeń - a przez co złożona oferta nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, co winno skutkować ich odrzuceniem.

Odnosząc się do powyższego podnieść należy, że odwołujący nie wskazał który punkt oferty przystępującego jest niezgody z SWZ czy dokumentacją postępowania.

Przystępujący oświadcza natomiast, że jego oferta została sporządzona na wzorze załączonym do SWZ i uwzględnia jej wszystkie elementy. Ponadto przystępujący w swojej ofercie złożył oświadczenie: „III OŚWIADCZENIA I INFORMACJE: My niżej podpisani niniejszym oświadczamy co następuję: Zapoznaliśmy się i w pełni akceptujemy treść SWZ wraz ze wszystkimi załącznikami oraz treść wyjaśnień i modyfikacji do SWZ i nie wnosimy do nich zastrzeżeń" - widać tutaj wyraźne oświadczenie woli obejmujące m.in. realizację przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją postepowania w tym umową.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego (uczestnika), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego – w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Izbę (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Zamawiający wzywając wykonawcę przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej (dla części 1-2 oraz 4-14), wskazał, że „(…) w związku z tym, że ceny całkowite Państwa ofert w Częściach 1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14 postępowania są niższe o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych zaoferowanej ceny/kosztu w niżej wymienionych częściach zamówienia: (…). Zgodnie z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP wyjaśnienia, o których mowa w wezwaniu, mogą dotyczyć w szczególności: (…). Uwaga: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. (…). Zamawiający informuje, że odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną/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, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP".

Można więc stwierdzić, że wezwanie zamawiającego było wezwaniem tzw. ustawowym, gdyż zamawiający nie doprecyzowywał elementów ceny ofertowej, które budzą jego wątpliwości. Nie oznacza to jednak, że wykonawca wezwany do złożenia takich wyjaśnień zwolniony jest z precyzyjnego wykazania prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej, gdyż ustawodawca wyraźnie w treści przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp podał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Przystępujący (uczestnik) w ramach złożonych zamawiającemu wyjaśnień podał, cyt.: „W nawiązaniu do wezwania do złożenia wyjaśnień zakresie istotnych części składowych ceny zaoferowanej w częściach 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14, oferty przedstawiamy środki dowodowe w postaci kosztorysów ofertowych w których została przedstawiona kalkulacja cenowa wybranych pozycji. Potwierdzamy, iż w kalkulacji ceny uwzględnione zostały wymagania Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ „Projektowanych postanowień umowy" wskazujące na konieczność zatrudnienia osób wykonujących wskazane w umowie czynności na podstawie umowy o pracę. Potwierdzamy również, że łączne ceny brutto zaoferowane w poszczególnych częściach postępowania zawierają wszelkie elementy niezbędne do realizacji zamówień na warunkach określonych w dokumentach zamówienia przez Zamawiającego. Zapewniamy, że oferta zawiera wszystkie opłaty, podatki i świadczenia

konieczne do prawidłowego, pełnego, funkcjonalnego, terminowego wykonania przedmiotu zakupu nawet, gdy obowiązek wykonania świadczenia nie wynika wprost z dokumentów postępowania zakupowego lub innych dokumentów leżących u podstaw umowy.

W załączonych kosztorysach służących do dokładniejszego zobrazowania składowych ceny jednostkowej, przyjęto średnie stawki robocizny i wskaźniki narzutów dla robót inżynieryjnych za poprzedni kwartał. Ceny materiałów podane w kosztorysie zostały przyjęte w oparciu o oferty zakupu otrzymane przed złożeniem oferty w postępowaniu, podlegają dalszej negocjacji cenowej. Stawka roboczogodziny zgodna z aktualnie obowiązującą minimalną stawką godzinową ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564). Ponadto należy podkreślić, że dla każdej inwestycji jesteśmy w stanie przestawić korzystną ofertę cenową powstałą z wielu czynników takich jak:

- doświadczenie przy realizacji zadań w latach poprzednich,
- nowoczesne metody zarządzania procesem budowy,
- sprawdzone rozwiązania techniczne, przekładające się na skrócenie czasu potrzebnego do wykonania zadania,
- wyjątkowo korzystne warunki handlowe dostaw materiałów wynikające ze współpracy ze stałymi kontrahentami,
- oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez naszą firmę dostęp do stałego i wykwalifikowanego personelu,
- wykorzystanie zasobów własnych (potencjał kadrowy, techniczny, sprzętowy itd.).

Jeżeli Państwo powierzycie nam dane zadanie to wykonamy je staranie, zgodnie ze sztuką budowlaną, przepisami BHP i

normami".

Do tak złożonych wyjaśnień przystępujący (uczestnik) załączył dwa kosztorysy, jeden dotyczący stacji napowietrznych, drugi dotyczący stacji wnętrzowych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złożone przez przystępującego (uczestnika) wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowane ceny na poszczególne części zamówienia nie są rażąco niskie, a wykonawca nie wykazał okoliczności przeciwnej. Złożone wyjaśnienia mają charakter blankietowy, ogólny, nie wyjaśniają w jaki sposób elementy wyszczególnione w wyjaśnieniach, takie jak: doświadczenie przy realizacji zadań w latach poprzednich, nowoczesne metody zarządzania procesem budowy, sprawdzone rozwiązania techniczne, przekładające się na skrócenie czasu potrzebnego do wykonania zadania, wyjątkowo korzystne warunki handlowe dostaw materiałów wynikające ze współpracy ze stałymi kontrahentami, oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez naszą firmę, dostęp do stałego i wykwalifikowanego personelu, wykorzystanie zasobów własnych (potencjał kadrowy, techniczny, sprzętowy itd.), miały wpływ na zaoferowanie ceny za realizację zamówienia we wskazanej w ofercie wysokości. Samo podanie, wymienienie tych

okoliczności, nie może być uznane za wykazanie/udowodnienie, gdyż nie precyzują jaki związek przyczynowo-skutkowy między tymi elementami występuje i jaki miał wpływ na cenę ofertową. Dla przykładu, np. 1) wyjątkowo korzystne warunki handlowe dostaw materiałów wynikające ze współpracy ze stałymi kontrahentami – przystępujący nie przedstawił w ramach postępowania dowodowego jakiejkolwiek oferty czy umowy współpracy z wykonawcami oferującymi materiały niezbędne do realizacji zamówienia, wykazujące możliwość zaoferowania urządzeń i sprzętu za określoną kwotę. 2) Przystępujący podał, że wpływ na cenę miała oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez naszą firmę – w jaki sposób, w jakiej wysokości, jaka oryginalność, czym się charakteryzowała – przystępujący nie doprecyzował tego elementu wyjaśnień, nie przedstawił też żadnego dowodu potwierdzającego jego twierdzenie.

Skoro bowiem, jak twierdzi przystępujący, wykonawca wezwany do wyjaśnień rnc, w trybie tzw. ustawowym, ma możliwość samodzielnego ustalenia, które z elementów wyceny ofertowej (zamówienia) są istotne dla prawidłowej jego realizacji i tylko w tym zakresie może złożyć zamawiającemu wyjaśnienia, to w jaki sposób należy ocenić wyjaśnienia przystępującego złożone w przedmiotowym postępowaniu, w których wykonawca enumeratywnie wymienia okoliczności, które w jego ocenie miały wpływ na cenę ofertową, jednakże pozostawia je bez stosownego komentarza czy też wyjaśnienia, nie mówiąc już o braku jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej.

Również w zakresie załączonych do wyjaśnień kosztorysów nie sposób jest stwierdzić, jak podane w tym kosztorysie ceny miały wpływ na cenę ofertową i jakie okoliczności uzasadniały wysokość zaoferowanej ceny.

Jednakże okolicznością determinującą uznanie, poza wyżej podaną argumentacją, że wykonawca nie wykazał realności zaoferowanej ceny jest fakt, że:

- po pierwsze – załączone do wyjaśnień kosztorysy dotyczą innego zamawiającego PGE Dystrybucja Oddział Rzeszów (przedmiotowe postępowanie prowadzi PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość dla PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie),

- po drugie – załączone kosztorysy, które powinny dotyczyć wykonawcy składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu – zostały sporządzone przez podmiot trzeci, który nie jest uczestnikiem tego postępowania przetargowego, nie był również zgłoszony przez wykonawcę, tzn. wykonawca w swojej ofercie oświadczył, że zamówienie wykona własnymi siłami bez udziału podmiotów trzecich, czyli de facto wyjaśnienia nie dotyczą ceny zaproponowanej przez wykonawcę M.-Energetyka S.K.A.

Zdaniem Izby, niezasadna jest argumentacja przystępującego (uczestnika), że powyższe należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, gdyż z żadnego innego dokumentu złożonego wraz z ofertą, czy też z treści złożonych wyjaśnień nie sposób ustalić i potwierdzić stanowiska wykonawcy. Okoliczność, iż w ramach działalności PGE występują zbliżone, czy

tak jak twierdzi przystępujący identyczne warunki realizacji zamówienia, nie uzasadnia twierdzenia, że można uniwersalnie wykorzystać sporządzony kosztorys dla jednej inwestycji do wyjaśnień w ramach innej inwestycji. Zawsze bowiem będą występowały różnice związane np. z odległością, kosztami transportu, liczbą pracowników, itp. Na profesjonalistę, jakim z całą pewnością jest wykonawca M.-Energetyka S.K.A., nakłada się wyższy poziom staranności w działaniu uzewnętrzniający się wysoką jakością i dbałością w kontroli działania w ramach procedury uzyskania zamówienia publicznego. Zbyt pochopne czy nieuważne postępowanie wykonawcy ma bowiem wpływ na ocenę zachowania takiego wykonawcy i negatywną ocenę wyjaśnień i dokumentów składanych przez taki podmiot. Działanie takie musi spotkać się zatem z sankcją wynikającą z przepisu art. 226 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że 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 a w konsekwencji z sankcją z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący poza stwierdzeniem wynikającym z treści uzasadnienia odwołania, że „(…) w ocenie Odwołującego – złożona oferta przez M. Energetyka S.K.A. nie koresponduje warunkami zamówienia, w szczególności z projektowaną treścią postanowień umownych (koordynacja i harmonogram wyłączeń), (…)", nie udowodnił, konkretnie która część oferty przystępującego (uczestnika) nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a tylko takie wskazanie i

wykazanie takiej okoliczności może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie wyżej wskazanego przepisu. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny, nie został udowodniony.

Jednakże biorąc pod uwagę ostateczny wynik oceny zarzutów odwołania, której skutkiem jest konieczność odrzucenia oferty przystępującego (uczestnika), Izba orzekła jak w sentencji.

Izba stwierdziła, że dowody składane na rozprawie przez odwołującego i przystępującego (uczestnika) nie wnoszą nic nowego do sprawy i są irrelewantne z punktu widzenia możliwości rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……