

WYROK

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę: **Grupa Izoterm sp. z o.o., ul. Sejneńska 57, 16-400 Suwałki,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Michałowo, ul. Białostocka 11, 16-050 Michałowo,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.D., ul. Ukośna 22C/3, 15-836 Białystok,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących art. 224 ust. 4 i ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne wezwanie wykonawcy R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.D. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty wraz ze wskazaniem w tym wezwaniu konkretnych kwestii wymagających wyjaśnienia i kwestii, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/5 i odwołującego w części 3/5, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4007 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedem złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Michałowo, ul. Białostocka 11, 16-050 Michałowo, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w Michałowie – etap I”, numer referencyjny: IG.271.8.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.08.2024 r., nr 2024/BZP 00467051.

W dniu 21.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grupa Izoterm sp. z o.o., ul. Sejneńska 57, 16-400 Suwałki (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta Wykonawcy oraz złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę,

3) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy (kosztorysy ofertowe) zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić z zastosowaniem regulacji art. 223 ust. 2 ustawy Pzp,

4) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy cena oferty Wykonawcy jest niższa co najmniej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu,

a w konsekwencji:

5) art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny,

6) art. 239 ustawy Pzp poprzez niewybranie oferty Odwołującego, mimo iż jego oferta spośród ofert niepodlegających odrzuceniu spełnia kryteria opisane w tym przepisie,

7) art. 224 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są roboty

budowlane, a Zamawiający był obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp,

8)art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak i przejrzystości postępowania przez dokonanie oceny i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta ta winna być odrzucona. Wybór oferty Wykonawcy prowadzi do powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia podmiotowi, który został wyłoniony wbrew przepisom ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do pozbawienia możliwości pozyskania zamówienia przez oferentów, których oferty spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają odrzuceniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu Postępowania przez Wykonawcę, co potwierdza fakt, że jako podstawę prawną wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazał art. 224 ust. 1 PZP. W takiej sytuacji tym bardziej niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który zaakceptował ogólne, nieprecyzyjne wyjaśnienia Wykonawcy, niepoparte konkretnymi dowodami czy dokumentami. (...) Poza złożeniem oświadczeń i deklaracji Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów (poza ofertą BIO-TECH Sp. z o.o.) na poparcie swoich twierdzeń. Wykonawca wskazując na: „szczegółową analizę kosztów związanych z inwestycją, co umożliwiło nam obniżenie ceny dzięki optymalizacji zasobów” nie podaje na czym polega optymalizacja i jak to realnie przekłada się na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. (...)

Zgodnie z przedłożoną wraz z wyjaśnieniami ofertą firmy BIO-TECH Sp. z o.o. prace w zakresie technologii zostały wycenione na kwotę 2 048 676,79 zł netto. Natomiast ta sama technologia w kosztorysie ofertowym Wykonawcy została wyceniona na kwotę 1 678 125,04 zł netto (element nr 5, pozycje kosztorysowe Wykonawcy 335-355) tj. taniej o 370 551,75 zł netto. Oznacza to że Wykonawca nie tylko nie uwzględnił żadnych narzutów (zysku) w stosunku do oferty firmy BIO-TECH ale zaoferował Zamawiającemu wykonanie tego zakresu prac poniżej faktycznych kosztów jakie będzie musiał ponieść. Mając na uwadze, że wedle Wykonawcy firma BIO-TECH Sp. z o.o. (na której zasoby powołuje się w celu potwierdzenia spełniania warunków Postępowania) posiada wiedzę, doświadczenie, dysponuje specjalistycznym sprzętem, to jej wycena powinna odzwierciedlać rzeczywiste nakłady pracy, materiałów i technologii, dlatego cena zaproponowana przez Wykonawcę wydaje się nierealnie niska i nieodzwierciedlająca rzeczywistych kosztów wykonania zadania. (...)

Należy wziąć pod uwagę fakt, że wartość zakresu prac jaki zamierza powierzyć Wykonawca dla firmy BIO-TECH Sp. z o.o. stanowi niemal połowę ceny ofertowej Wykonawcy. Wykonawca wycenił całość prac na 4 457 196, 75 zł netto. Oznacza to że zakres prac firmy BIO-TECH Sp. z o.o. jest bardzo istotnym elementem ceny ofertowej i nieprawidłowości w tym zakresie rzutują na całą ofertę. (...)

Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wskazuje: *“Zastosowaliśmy stawkę godzinową w wysokości 32,00 zł, zgodną z przepisami prawa i wyższą niż minimalna stawka określona w obowiązujących przepisach. Założone wynagrodzenie jest kwotą brutto, która uwzględnia składki na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz planowane podwyżki wynagrodzeń w 2025 roku.”* Natomiast w kosztorysie ofertowym w pozycjach 153, 155 i 174 jako cenę jednostkową Wykonawca podał 1 zł netto/m². (...) W pozycji KNNR 2 0101-02 przyjęte jest, że na wykonanie m² deskowania potrzebna jest 1,14 roboczogodzina. W celu uzyskania ceny 1 zł za m² wg KNNR 2 0101-02 cena roboczogodziny netto Wykonawcy musiała być poniżej 1 zł, a pozostały materiał być równy 0,00 zł. Poniżej pozycja KNNR 2 0101-02 ze stawką roboczogodziny 10 zł, w takiej sytuacji cena jednostkowa wynosi 21,93 zł. (...) Powyższe pozycje kosztorysowe nie tylko przeczą twierdzeniom Wykonawcy co do zastosowanej stawki godzinowej, ale są również nierealne.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, że oferta Wykonawcy była niższa o 31 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, a tym samym w oparciu o art. 224 ust. 4 PZP zażądać wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. Warto zaznaczyć, że ustawodawca przy zamówieniach na roboty budowlane, w zakresie rażąco niskiej ceny zwrócił szczególną uwagę na kwestie minimalnego wynagrodzenia za prace oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, o czym świadczy wymóg określony w art. 224 ust. 4 PZP, skierowany do zamawiających. W świetle przedmiotowej regulacji, Zamawiający zobowiązany był do wnikliwej analizy i oceny przedłożonej przez Wykonawcę oferty oraz złożonych przez niego wyjaśnień, tym bardziej, że Odwołujący w piśmie z dnia 15.10.2024 r. wskazał powyższe rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami Wykonawcy, a treścią kosztorysów ofertowych oraz dołączonej do wyjaśnień oferty firmy BIO-TECH Sp. z o.o. Zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty Wykonawcy, ale nie podjął żadnych działań w celu wyjaśnienia przedmiotowej kwestii co stanowi nie tylko naruszenie art. 224 ust. 4 PZP ale również zasad prowadzenia postępowania. (...)

Kolejnym aspektem rzutującym na realność ceny zaoferowanej przez Wykonawcę jest fakt, że w kosztorysie ofertowym

ten sam zakres prac w zależności od pozycji kosztorysowej Wykonawca wycenił według różnej ceny jednostkowej. W tym miejscu należy jednoznacznie wskazać, że na przedmiotowym zadaniu nie ma żadnych racjonalnych przesłanek do różnicowania stawki jednostkowej tych samych zakresów prac. Poniżej kilka przykładów, (kolumna „Cena” zawiera ceny jednostkowe): (...) Przywołane powyżej rozbieżności to jedynie przykłady, zestawienie pozycji kosztorysowych zawierających rozbieżności cen jednostkowych stanowi załącznik do pisma, złożonego do Zamawiającego w dniu 15.10.2024 r. Również i ta kwestia nie została wyjaśniona przez Zamawiającego. (...)

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 pkt 2 SWZ kosztorys ofertowy ma służyć sprawdzeniu poprawności obliczenia ceny. Powyższe rozbieżności cen jednostkowych w kosztorysie Wykonawcy uniemożliwiają Zamawiającemu sprawdzenie poprawności obliczenia ceny. W takiej sytuacji oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP. Zamawiający nie ma możliwości poprawy pozycji kosztorysowych z uwagi na charakter rozbieżności, taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli Wykonawcy i jest niedopuszczalna w świetle art. 223 ust. 1 PZP oraz stanowiłaby naruszenie zasad opisanych w art. 16 pkt 1 i 2 PZP.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.D.,
- 2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3)odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę,
- 4)uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Pismem z dnia 28.10.2024 r. wykonawca R.Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.D., ul. Ukośna 22C/3, 15-836 Białystok (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 30.10.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 - 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
 - 1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
 - 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
 - 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
 - 3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
 - 4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane

zamówienie;

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już wielokrotnie w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym 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. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk, jak też powinien wyjaśnić, dlaczego te koszty przyjął w takiej a nie innej wysokości i jaki ma to wpływ na cenę jego oferty. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliżuje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu (por. wyrok KIO 2477/22 z dnia 07.10.2022 r.).

W niniejszej sprawie Przystępujący rzeczywiście złożył ogólne wyjaśnienia, w których nie pokazał, z czego wynikają określone koszty, które przyjął w swojej kalkulacji, czy jakie okoliczności pozwalają mu na zaoferowanie ceny niższej niż w innych ofertach. W wyjaśnieniach nie ma też przykładowo: pokazania kalkulacji kosztów pracy, dowodów na zastosowanie określonych stawek wynagrodzenia, nie ma informacji o kosztach transportu i wyjaśnienia, na czym polega optymalizacja tego transportu ani dowodów na przyjęcie kosztów transportu w takiej a nie innej wysokości (np. rabaty na paliwo, wyliczenie kilometrówki przy określonych kosztach paliwa), brak wyjaśnienia dlaczego Przystępujący przyjął w wyjaśnieniach niższe koszty niż wynikające z oferty podwykonawcy, na czym polega „optymalizacja kosztowa” i „zaawansowane metody planowania”. Wyjaśnienia zawierają ogólne informacje, które nie uzasadniają w pełni podanej w ofercie ceny (np. w zakresie kosztów pracy, czy wartości oferty podwykonawcy).

Powyższe nie oznacza jednak, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Należy bowiem podkreślić, że stopień szczegółowości wyjaśnień wykonawcy uzależniony jest m.in. od stopnia szczegółowości pytań Zamawiającego zawartych w wezwaniu skierowanym do wykonawcy. Zamawiający mogą skierować ogólne wezwanie ograniczone do zacytowania art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, przy czym w przypadku zamówienia na usługi lub roboty budowlane obowiązkowe jest żądanie wyjaśnień w zakresie kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp), ale muszą się wówczas liczyć z tym, że wykonawca nie domyśli się, jakie inne aspekty ceny jego oferty budzą wątpliwości zamawiającego i nie odniesie się do nich w złożonych wyjaśnieniach. Dlatego zalecane jest (poza treścią art. 224 ust. 3 ustawy Pzp) formułowanie w wezwaniu dodatkowych konkretnych pytań odnoszących się do ceny oferty, co pozwoli wykonawcy od razu odnieść się do tych kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie, które jest nawet bardziej ogólne niż to, co potocznie rozumie się na rynku zamówień jako „wezwanie ogólne”. Skierowane do Przystępującego wezwanie brzmiało:

„Na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r. poz. 1320), wzywam do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny. Wykonawca zaoferował cenę brutto 5 482 352,00 zł, która wydaje się rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.09.2024r. do godz. 15.00”.

Tak sformułowane wezwanie nie tylko nie zawierało żądania w zakresie obowiązkowym, tj. żądania wyjaśnień kosztów pracy, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 stawy Pzp, ale nie zawierało także wskazania pozostałych kwestii z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp ani nie zawierało wskazania, że konieczne jest dołączenie do wyjaśnień dowodów.

W tej sytuacji trudno uznać, że Przystępujący miałby być zobowiązany do złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi informacje zawarte w tych wyjaśnieniach. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku domyślać się, czego mają dotyczyć żądane od niego wyjaśnienia i dowody (choć Przystępujący mimo wszystko dołączył kosztorys i ofertę podwykonawcy). To obowiązkiem zamawiającego jest sformułować wezwanie w taki sposób, żeby było jasne, czego oczekuje od wykonawcy i żeby następnie na podstawie otrzymanych wyjaśnień wraz z dowodami mógł dowiedzieć się, jak została skalkulowana cena oferty. W świetle bardziej niż „ogólnego” wezwania od Zamawiającego, tym bardziej trudno uznać, że oferta Przystępującego miałaby zostać odrzucona z powodu złożenia nie dość szczegółowych wyjaśnień czy braku dodatkowych dowodów. Zgodnie z zasadą „jakie pytanie, taka odpowiedź” Przystępujący udzielił bowiem wyjaśnień, które były wprawdzie ogólne, ale były jednocześnie adekwatne do otrzymanego wezwania.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że uznała za słuszny zarzut zawarty w odwołaniu dotyczący braku wezwania Przystępującego w obowiązkowym zakresie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp (koszty pracy) oraz zarzut dotyczący ogólnych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Istotą problemu na obecnym etapie tej sprawy nie są jednak ogólne wyjaśnienia, ale przede wszystkim wyjątkowo ogólne wezwanie, jakie Zamawiający skierował do Przystępującego. Dlatego mimo uznania ww. zarzutów za zasadne, Izba (która nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu) nie nakazała Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, ale nakazała m.in. ponowne wezwanie go do złożenia wyjaśnień wraz ze wskazaniem w tym wezwaniu konkretnych kwestii wymagających wyjaśnienia, w tym także kwestii obligatoryjnych z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. Po uzyskaniu od Przystępującego wyjaśnień wraz z dowodami Zamawiający zobowiązany będzie do ich oceny oraz podjęcia decyzji co do odrzucenia / nieodrzućenia oferty i co do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba jednocześnie informuje, że nie oceniała złożonych przez Przystępującego na rozprawie dowodów w postaci oferty podwykonawcy i umowy zawartej z Zamawiającym, ponieważ zgodnie z ugruntowaną już linią orzeczniczą, podstawą do badania ceny oferty mogą być jedynie wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś ewentualne wyjaśnienia i dowody złożone przed Izbą w toku postępowania odwoławczego (por. wyrok KIO z dnia 22.05.2020 r., sygn. akt KIO 410/20: *„Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte”*).

Dodatkowo Izba odniesie się jeszcze do podniesionej w odpowiedzi na odwołanie argumentacji Zamawiającego dotyczącej wynagrodzenia ryczałtowego. Po pierwsze, należy zauważyć, że sam Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 26.09.2024 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, natomiast obecnie w odpowiedzi na odwołanie pisze, że z uwagi na przyjęte wynagrodzenie ryczałtowe: *„sposób obliczenia ceny ofertowej pozostaje bez znaczenia dla wysokości przyszłego wynagrodzenia wykonawcy”*. Powstaje zatem pytanie, po co Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień, skoro jego zdaniem z powodu wynagrodzenia ryczałtowego sposób obliczenia ceny oferty jest bez znaczenia. Stanowisko Zamawiającego jest co najmniej niekonsekwentne.

Po drugie jednak, stanowisko Zamawiającego jest przede wszystkim błędne, gdyż ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia szczegółowych, spójnych i popartych dowodami wyjaśnień, a zamawiającego – z obowiązku dokonania oceny tych wyjaśnień. Powyższe wynika także z orzecznictwa Izby, np. z aktualnego nadal, mimo wejścia w życie ustawy Pzp z 2019 r., wyroku z dnia 14.03.2017 r. o sygn. akt KIO 373/17, w którym wskazano: *„Na wstępie, nie wdając się w analizę pojęcia rażąco niskiej ceny, którego rozumienie jest ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie i tamże wielokrotnie omówione, należy zauważyć, że wbrew zapatrywaniom Przystępującego, możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części*

składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegos istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się 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 Pzp 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 złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp”.

Po trzecie, słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że w niniejszym postępowaniu sam Zamawiający napisał:

- 1)w rozdziale IX ust. 1 pkt 2) specyfikacji warunków zamówienia, że kosztorys ofertowy będzie służył sprawdzeniu poprawności obliczenia ceny, a jego niedołączenie do oferty będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 Pzp,
- 2)w § 11 ust. 5 lit. b) projektu umowy, że zamawiający „w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, zobowiązany jest, w terminie 30 dni, do odkupienia materiałów, konstrukcji lub urządzeń, określonych w ust. 3 lit. c), po cenach przedstawionych w kosztorysie, rozliczenia się z Wykonawcą z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy obiektów zaplecza, urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy, chyba że Wykonawca wyrazi zgodę na przejęcie tych obiektów i urządzeń”.

Z ww. postanowień wynika zatem, że sam Zamawiający zamierzał weryfikować poprawność obliczenia ceny oferty na podstawie kosztorysu ofertowego, a ponadto kosztorys ten będzie niezbędny do wzajemnych rozliczeń między Stronami na wypadek odstąpienia od umowy. Tym bardziej zatem nie jest zasadny argument Zamawiającego o tym, że wynagrodzenie ryczałtowe zwalnia go z obowiązku badania prawidłowości kalkulacji ceny któregośkolwiek z wykonawców.

Pozostałe zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny czy błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego Izba uznała za przedwczesne i tym samym niezasadne. Jak wskazano już wyżej Przystępujący nie został prawidłowo wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, dlatego też nie był zobowiązany do złożenia ich w sposób szczegółowy. Oznacza to, że na podstawie wyjaśnień i dowodów z dnia 04.10.2024 r. nie sposób wyciągać wniosków co do tego, czy cena oferty Przystępującego jest rażąco niska i czy zawiera jakikolwiek błąd w obliczeniu ceny. Złożone wyjaśnienia i dowody w opisanych okolicznościach faktycznych po prostu nie mogą być podstawą do formułowania tak daleko idących zarzutów i wniosków i nie mogą podstawą odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba uznała także za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp „poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy cena oferty Wykonawcy jest niższa co najmniej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu”. Dodatkowo Odwołujący napisał, że: „należy zwrócić uwagę na fakt, że oferta Wykonawcy była niższa o 31 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, a tym samym w oparciu o art. 224 ust. 4 PZP zażądać wyjaśnień w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. Przede wszystkim należy podkreślić, że obowiązek wezwania do wyjaśnienia kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp) w przypadku zamówień na usługi lub roboty budowlane jest niezależny od tego, czy wezwanie będzie skierowane w oparciu o art. 224 ust. 1 czy art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (w art. 224 ust. 4 nawet wprost jest odniesienie do ust. 1). Ponadto przy kierowaniu do wykonawców wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny najważniejsza nie jest podstawa prawna, ale treść wezwania, o czym Izba pisała już wyżej. W tym stanie rzeczy zarzut dotyczący zastosowanej określonej podstawy prawnej, zwłaszcza gdy nie wpływa ona na obowiązek wynikający z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, należy uznać za chybiony.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzuty dotyczące art. 224 ust. 2 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz będące ich konsekwencją zarzuty dotyczące art. 239 i art. 16 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. d) 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).

Mimo przedstawienia przez Odwołującego zarzutów w ośmiu punktach w istocie dotyczą one pięciu kwestii:

- 1)rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp),
- 2) błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp),
- 3)złożenia przez Odwołującego wyjaśnień nieuzasadniających podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp),
- 4)braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp),
- 5)braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Spośród tych kwestii Izba uwzględniła dwa zarzuty wymienione wyżej w punktach 3) i 4), natomiast oddaliła trzy zarzuty wymienione wyżej w punktach 1), 2) i 5).

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł uiszczony przez Odwołującego oraz opłata od pełnomocnictwa dla pełnomocnika Odwołującego w wysokości 17 zł, co razem daje kwotę 10.017,00 zł (Zamawiający i Odwołujący nie złożyli rachunków, faktur czy spisu kosztów potwierdzających poniesienie jakichkolwiek innych kosztów). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 4.006,80 zł (2/5 z 10.017,00 zł), a Odwołujący - w wysokości 6010,20 zł (3/5 z 10.017,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 10.017,00 zł (wpis od odwołania + opłata od pełnomocnictwa), a powinien ponieść je w wysokości 6010,20 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 4.006,80 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 4.006,80 zł, co skutować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (10.017,00 – 6010,20 = 4.006,80). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia kwota ta podlega zaokrągleniu do pełnych złotych w górę, dlatego ostatecznie Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 4007,00 zł.

Przewodnicząca