Sygn. akt: KIO 4230/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2024 r. przez wykonawcę „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółka jawna z siedzibą w Jeleniej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Piechowice

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółka jawna z siedzibą w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Miejską Piechowice tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 1 318 zł 31 gr (jeden tysiąc trzysta osiemnaście złotych trzydzieści jeden groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Miejską Piechowice tytułem kosztów dojazdu,

2.2zasądza od wykonawcy „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółka jawna z siedzibą w Jeleniej Górze na rzecz zamawiającego Gminy Miejskiej Piechowice kwotę 4 918 zł 31 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset osiemnaście złotych trzydzieści jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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:…….....

Sygn. akt: KIO 4230/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Piechowice (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") w trybie w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn. „Wymiana części pokrycia dachu zabytkowego budynku dworca przy ul. Kolejowej w Piechowicach". Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 października 2024 r. pod nr 2024/BZP 00542388/01

Dnia 13 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie art. 513 pkt 1, 2 ustawy Pzp złożył wykonawca „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółka jawna z siedzibą w Jeleniej Górze (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

1. Odrzuceniu na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oferty „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej mimo złożenia przez spółkę wyjaśnień dotyczących sformułowanej oferty uzasadniających uznanie, że zaoferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska.
2. Zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe

D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej – w sytuacji uznania że złożone przez odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające dla wykazania że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

3. Wyborze oferty SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, pomimo że zaoferowana przez nich cena jest na zbliżonym poziomie do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a Zamawiający mimo istnienia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, nie dokonał zbadania oferty tego wykonawcy.

4. Zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D. Bienias, T. Żabierek spółki jawnej mimo spełnienia przez oferenta wszystkich wymogów przestawionych przez zamawiającego i zaoferowana najkorzystniejszej ceny.

5. Bezkrytycznym przyjęciu średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu dla ustalenia spełnienia kryterium rażącego zaniżenia ceny w sytuacji gdy oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k. znacząco odbiega od przyjętych przez pozostałych oferentów wartości – wskazując na kwotę 2 758 029,00 zł brutto jest ponad 2 razy wyższa od dwóch pozostałych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty przedstawionej przez odwołującego, oraz nie dokonanie zbadania jego oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, pomimo niewielkiej między nimi różnicy,
2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania szczegółowego i konkretnego wezwania oferującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny a także zaniechania zapytania uzupełniającego, co pozwoliłoby na uzyskanie od wykonawcy kompleksowych wyjaśnień w sprawie przedstawionych okoliczności, a tym samym oparcie odrzucenia oferty na dokumentach, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
3. art. 128 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej uzupełniających wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, które zdaniem zamawiającego budziły jego wątpliwości,
4. art. 224 ust 1 w zw. w art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, pomimo że zaoferowana przez nich cena jest na zbliżonym poziomie do ceny zaoferowanej przez odwołującego, a Zamawiający mimo istnienia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny u odwołującego, nie dokonał zbadania oferty tego wykonawcy.
5. art. 224 ust 4 w zw. w art. 266 ustawy Pzp poprzez wadliwe i lakoniczne sformułowanie wezwania „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. bez wskazania zakresu oczekiwanych wyjaśnień, co miało bezpośredni wpływ na ogólny charakter odpowiedzi odwołującego.
6. art. 224 ust 6 w zw. w art. 266 ustawy Pzp poprzez (1) wadliwą ocenę, że złożone wyjaśnienia „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, podczas gdy wyjaśnienia te odpowiadały poziomowi ogólności zapytania Zamawiającego; jak również poprzez (2) zaniechanie przez Zamawiającego wezwania odwołującego do uszczegółowienia wyjaśnień.
7. art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. w art. 266 ustawy Pzp poprzez wadliwe odrzucenie oferty „DEKPOL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej pomimo, że przesłanki uznania ceny z oferty za rażąco niską nie zostały spełnione.
8. art. 253 ust 1 pkt 1 w zw. w art. 266 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej, podczas, gdy przedłożone przedmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na przyznanie w/w Wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert według SWZ, w tym pod względem kryterium ceny, w sytuacji gdy Odwołujący zaoferował realne ceny niższe, a jego oferta została niezasadnie odrzucona.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.
3. Nakazanie Zamawiającemu:

a. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

b. wezwania SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia środków dowodowych potwierdzających, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem kalkulacji wyliczenia ceny lub kosztu,

c. ponownego wezwania „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej do złożenia środków dowodowych potwierdzających, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem

kalkulacji wyliczenia ceny lub kosztu,
d. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. Przeprowadzenie dowodu z:
a. odpisu KRS spółki „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej oraz je sprawozdania finansowego za 2023 r. - na fakty prowadzenia przez spółkę działalności gospodarczej zarówno w zakresie usług budowlanych jak i sprzedaży materiałów budowlanych, możliwości zakupu materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy bezpośrednio u producenta tych materiałów z pominięciem hurtowni materiałów budowlanych,
2. przesłuchania przedstawicieli „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D. Bienias, T. Żabierek spółk jawnej tj. D.B. i T.Ż. -na fakty możliwości wykonania prac objętych zamówieniem przy wykorzystaniu własnego sprzętu budowlanego w tym rusztowań, a także zakupu materiałów budowlanych zamawianych bezpośrednio od producenta m.in. Juta a.s. ,
5. Zobowiązanie:
a. JUTA a.s. (Dukelská 417 544 15 Dvůr Králové nad Labem Czech Republic) - do potwierdzenia współpracy z „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółką jawną w zakresie wykonywania na zamówienie spółki membran bitumizowanych dachowych VELOTEX oraz oferowanej spółce ceny membran, a następnie przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na wykazanie następujących faktów: możliwości zamówienia przez skarżącego materiałów (membran) do wykonania zamówienia u producenta, stałej współpracy w zakresie zakupu membran, oferowania niższej ceny dla spółki.
6. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych. Odwołujący podał, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 8 listopada 2024r. – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 13 listopada 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że jego zdaniem złożone przez niego wyjaśnienia są wystarczające dla ustalenia, że zaoferowana przez niego cena nie spełnia kryteriów umożliwiających odrzucenie jego oferty jako rażąco niskiej. Wątpliwości Odwołującego budzi przede wszystkim fakt, że różnica między ceną oferowaną przez Odwołującego a wygraną ofertą wynosi jedynie 70.000 zł brutto co przy robotach budowlanych, których wartość na etapie ogłaszania przetargu oszacowano na 1.535.343,02 zł jest wartością znikomą (4,5%). Tym bardziej w sytuacji w której przetarg został ogłoszony w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp), których jednak Zamawiający nie przeprowadził mimo złożenia dwóch zbliżonych ofert na wykonanie prac objętych zamówieniem.
Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia zostały opracowane przez niego w oparciu o ogólnie dostępne dane – firma wykonawcy zgodnie z umową, a także wpisem w rejestrze KRS prowadzi zarówno działalność w zakresie robót budowlanych jak i sprzedaży materiałów budowlanych (odpis KRS, sprawozdanie finansowe za 2023 r.). Odwołujący wskazał, że z uwagi na wieloletnie działanie firmy – pierwotnie w formie spółki cywilnej (od 1995 r.) a obecnie jako spółki jawnej – na lokalnym rynku uzyskała ona już określoną renomę, a także sieć kontaktów z dostawcami materiałów budowlanych które są oferowane do sprzedaży przez Odwołującego. W zakresie materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia Odwołujący podał, że współpracuje m.in. z czeską firmą JUTA a.s. która produkuje i dostarcza membrany dachowe do montażu w wykonywanych przez odwołującego realizacjach (poz. kosztorysu ofertowego nr 22, 24 i 44). Z uwagi na wieloletnią współpracę stawki oferowane dla Odwołującego są korzystne, co również ma wpływ na możliwość obniżenia ceny wykonanych prac budowlanych.
Odwołujący zauważył, że prowadzenie działalności w zakresie sprzedaży materiałów budowlanych pozwala na zaoszczędzenie na marży hurtowni, które nie pośredniczą w zamówieniach materiałów niezbędnych odwołującemu do wykonania oferowanych prac budowlanych. Podobnie posiadanie własnego sprzętu i rusztowań pozwala na znaczne oszczędności. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wspomniane okoliczności nie mogą zostać wykazane w inny sposób niż przez oświadczenia składane przez Odwołującego. Odwołujący nie praktykuje bowiem zawierania z

producentami materiałów budowlanych umów na potencjalne dostawy, czy promes dostarczenia określonych materiałów. Z uwagi na zaufanie do podmiotów z którymi współpracuje wie, że jest w stanie zapewnić terminową dostawę wszystkich niezbędnych materiałów w oferowanych sobie cenach.

Zdaniem odwołującego zakres wyjaśnień, o które Zamawiający zapytywał w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny był szeroki a jednocześnie sformułowany ogólnikowo. W tej sytuacji Odwołujący nie formułował szczegółowej analizy wszystkich skalkulowanych przez siebie elementów, a jedynie wskazał te które zaważyły jego zdaniem na obniżeniu ceny. Jednocześnie niemożliwe jest przedstawienie przez Odwołującego umów z podwykonawcami czy dostawcami, ponieważ Odwołujący zadeklarował że nie będzie korzystał z pomocy podwykonawców. Konieczne do wykonania zamówienia materiały nie są materiałami co do których istnieje ryzyko braku ich dostępności, zatem nie było potrzeby zawierania umów z dostawcami przed rozstrzygnięciem przetargu i zawarciem umowy z Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za niekompletne winien był ponownie zwrócić się do oferenta o uzupełnienie wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że nie wiedział, że Zamawiający oczekuje ofert podwykonawców, czy dostawców, które potwierdzałyby uzyskanie niższych cen u producentów.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący zakwestionował prawidłowość ustalenia przez Zamawiającego spełnienia kryterium rażącego zaniżenia ceny w ofercie Odwołującego w sytuacji, gdy do obliczenia średniej arytmetycznej przyjęto ofertę której wartość znacząco odbiega od zaoferowanych przez pozostałych oferentów. Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje przy tym wyliczeń matematycznych, ale samej zasadności uznania przez Zamawiającego, że tak ustalone kryterium „rażąco niskiej ceny" jest adekwatne do badania ofert złożonych w przetargu.

W dniu 19 listopada 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

I. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1 tj. „Bezkrytycznego przyjęcia średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu dla ustalenia spełnienia kryterium rażącego zaniżenia ceny w sytuacji, gdy oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k. znacząco odbiega od przyjętych przez pozostałych oferentów wartości – wskazując na kwotę 2 758 029,00 zł brutto jest ponad 2 razy wyższa od dwóch pozostałych ofert" jako spóźnionego,

II. w pozostałym zaś zakresie oddalenie odwołania,

III. oddalenie wniosku dowodowego Odwołującego w postaci: przesłuchania przedstawicieli „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D. Bienias, T. Żabierek spółki jawnej tj. D.B. i T.Ż. - na fakty możliwości wykonania prac objętych zamówieniem przy wykorzystaniu własnego sprzętu budowlanego w tym rusztowań, a także zakupu materiałów budowlanych zamawianych bezpośrednio od producenta m.in. Juta a.s., jako niemającego znaczenia i spóźnionego na etapie postępowania odwoławczego; okoliczności na które dowód ten jest wskazywany odwołujący winien był wskazać w treści wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego.

IV. oddalenie wniosku dowodowego Wykonawcy w postaci zobowiązania JUTA a.s. (Dukelská 417 544 15 Dvůr Králové nad Labem Czech Republic) - do potwierdzenia współpracy z „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółką jawną w zakresie wykonywania na zamówienie spółki membran bitumizowanych dachowych VELOTEX oraz oferowanej spółce ceny membran, a następnie przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na wykazanie następujących faktów: możliwości zamówienia przez skarżącego materiałów (membran) do wykonania zamówienia u producenta, stałej współpracy w zakresie zakupu membran, oferowania niższej ceny dla spółki, jako niemającego znaczenia i spóźnionego na etapie postępowania odwoławczego; okoliczności na które dowód ten jest wskazywany odwołujący winien był wskazać w treści wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego.

V. zasądzenie – stosownie do treści art. 573 ustawy Pzp - od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania zgodnie z wyliczeniem stanowiącym załącznik do złożonego pisma.

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

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

Izba wskazuje, że podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą:

1. Odwołujący wycofał wniosek o przeprowadzenie dowodu polegającego na zobowiązaniu JUTA a.s. (Dukelská 417 544 15 Dvůr Králové nad Labem Czech Republic) - do potwierdzenia współpracy z „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółką jawną w zakresie wykonywania na zamówienie spółki membran bitumizowanych dachowych VELOTEX oraz oferowanej spółce ceny membran, a następnie przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na wykazanie następujących faktów: możliwości zamówienia przez skarżącego materiałów (membran) do wykonania zamówienia u producenta, stałej współpracy w zakresie zakupu membran, oferowania niższej ceny dla spółki.

2.Zamawiający doprecyzował, że wniosek o odrzucenie dotyczy zarzutu nr 7 odwołania.
Odnosząc się do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z:
a. odpisu KRS spółki „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D.Bienias, T.Żabierek spółki jawnej oraz je sprawozdania finansowego za 2023 r. - na fakty prowadzenia przez spółkę działalności gospodarczej zarówno w zakresie usług budowlanych jak i sprzedaży materiałów budowlanych, możliwości zakupu materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy bezpośrednio u producenta tych materiałów z pominięciem hurtowni materiałów budowlanych,
2. przesłuchania przedstawicieli „DEK-POL" Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe D. Bienias, T. Żabierek spółk jawnej tj. D.B. i T.Ż. -na fakty możliwości wykonania prac objętych zamówieniem przy wykorzystaniu własnego sprzętu budowlanego w tym rusztowań, a także zakupu materiałów budowlanych zamawianych bezpośrednio od producenta m.in. Juta a.s.
Izba wyjaśniła Odwołującemu, że odpis z KRS wraz z wpisami w nim ujawnionymi jest jawny, a fakty, które miałby potwierdzać ten dowód były bezsporne między stronami.
Odnosząc się do przesłuchania wspólników Odwołującego Izba wyjaśniła, że stawali oni w charakterze strony, w związku z czym przysługiwało im prawo do swobodnej wypowiedzi w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.
Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 7 Izba nie uwzględniła tego wniosku. Zarzut nr 7 dotyczył wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie w uzasadnieniu faktycznym zostały podniesione twierdzenia, które należy uznać za spóźnione. Mając to na uwadze odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 zostało wniesione w ustawowym terminie i mogło zostać rozpoznane przez Izbę.
Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z tym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.
Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania i odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikiem.
Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodów przedłożonych przez Odwołującego podczas posiedzenia przed KIO stwierdzając, że dowody te nie mają znaczenia dla sprawy i zostały powołany jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że dowody te powinny zostać przedłożone Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zaoferowanej ceny, na obecnym etapie postępowania ich powołanie jest spóźnione. Izba wskazuje, że nie dokonuje oceny, czy zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska, a tego, czy Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami i tego czy Odwołujący na etapie składania wyjaśnień podołał wykazaniu, że zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę jest możliwe.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi w trybie w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn. „Wymiana części pokrycia dachu zabytkowego budynku dworca przy ul. Kolejowej w Piechowicach".
Wcześniej prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało 20 września 2024 r. unieważnione zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 1 200 000,00 zł brutto W postępowaniu został złożona jedna oferta – Odwołującego z ceną 1 783 500,00 zł brutto
W obecnie prowadzonym postępowaniu zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego zawierająca najniższą cenę - 1 180 000,00 zł brutto, oferta wykonawcy SERVERMASTER Spółka z o.o. ceną - 1 250 000,00 zł brutto oraz oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z ceną - 2 758 029,00 zł brutto
Oferta SERVERMASTER Spółka z o.o. była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 27,72 %.
Oferta Odwołującego była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 31,77%.
Mając na uwadze powyższe 21 października 2024 r. działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1) ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny obejmować w szczególności:
1. Kalkulacje własne Wykonawcy potwierdzające, że Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, poparte ofertami podwykonawców, dostawców, dowodami potwierdzającymi koszty nabycia materiałów, wyrobów, itp., jeżeli Wykonawca jest w ich posiadaniu;

2. Informacje na temat planowanych do zastosowania, ekonomicznych metod budowy, zakupu materiałów, które ograniczają koszty realizacji zamówienia;
3. Informacje na temat rozwiązań technicznych i innych wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych dostępnych Wykonawcy i warunkujących możliwość zaoferowania niższej ceny oferty;
4. Czynniki, które spowodowały, że cena jest niższa;
5. Informacje na temat 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, przy czym dowodami potwierdzającymi wysokość wynagrodzenia pracowników mogą być zanonimizowane kopie umowy o pracę lub kalkulacje własne Wykonawcy;
6. Informacje na temat zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W zakres prawa pracy w szczególności wchodzą regulacje dotyczące m.in.: obowiązków oraz uprawnień pracownika i pracodawcy, czasu pracy, wynagrodzenia za pracę. Natomiast przepisy z zakresu zabezpieczenia społecznego obejmują ubezpieczenia społeczne. Dowodami potwierdzającymi przestrzeganie powyższych przepisów mogą być w szczególności potwierdzenia opłacania pracowniczych składek na ubezpieczenia społeczne lub kalkulacje własne Wykonawcy.
23 października 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał:
„Ceny zaoferowana dla w/w zadania wynika z poniższych faktów:
a. Jesteśmy lokalnym, wykonawcą, co w odniesieniu do oferentów spoza miasta pozwala nam zaoszczędzić ~10% kosztów związanych z utrzymaniem pracowników, tj. nie ponosimy kosztów związanych z zakwaterowaniem czy też wypłatą diet,
b. Zadanie planujemy wykonać w krótszym okresie niż oczekiwany przez Zamawiającego, co pozwoli nam dodatkowo zaoszczędzić ~5% kosztów związanych z inflacją,
c. Posiadamy własne rusztowania oraz niezbędne akcesoria do zabezpieczenia placu budowy, co nie generuje nam dodatkowych kosztów związanych z ich wynajmem,
d. Materiał konieczny do realizacji zadania w znacznej mierze nabywamy bezpośrednio od producenta, co pozwala nam na zaoszczędzeniu ~10-15% na marży hurtowni,
e. Stawki r-g przyjęte do wyceny są niemniejsze niż stawka wg sekocenbudu obowiązująca w ostatnim kwartale.
f. Wyceniono następujące roboty budowlane:
• Roboty rozbiórkowe i demontażowe
• Roboty dachowe ~ 820 m2
• Wymiana pokrycia na pokrycie z dachówki łupkowej aluminiowej
• Wymiana pokrycia na pokrycie z blachy aluminiowej na rąbek
• Wymiana rynien i rur spustowych
• Wymiana obróbek blacharskich
• Częściowa wymiana elementów konstrukcyjnych dachu
• Deskowanie połaci dachowych
• Docieplenie wełną mineralną układaną na sucho
• Montaż komunikacji dachowej
• Wykonanie instalacji odgromowej
• Poczynienie ustaleń z PKP
Wartość brutto wykonania powyższych robót została oszacowana na 1 180 000.00 zł netto.”
Do wyjaśnień Odwołujący załączył tabelę elementów scalonych, w której w czterech wierszach zostały ujęte wszystkie pozycje kosztorysowe.
8 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy SERVERMASTER Spółka z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oferty Odwołującego.
Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 13 listopada 2024 r. odwołanie.
Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:
- zaniechanie uzyskania od Odwołującego uzupełniających wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny,
- zaniechanie uzyskania od wykonawcy SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, pomimo że zaoferowana przez nich cena jest na zbliżonym poziomie do ceny zaoferowanej przez Odwołującego,

- wadliwe i lakoniczne sformułowanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. bez wskazania zakresu oczekiwanych wyjaśnień, co miało bezpośredni wpływ na ogólny charakter odpowiedzi odwołującego,
- wadliwą ocenę, że złożone wyjaśnienia Odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, jak również zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uszczegółowienia wyjaśnień,
- wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że przesłanki uznania ceny z oferty za rażąco niską nie zostały spełnione,
- dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy SERVERMASTER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej, podczas, gdy przedłożone przedmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na przyznanie w/w Wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert według SWZ, w tym pod względem kryterium ceny, w sytuacji gdy Odwołujący zaoferował realne ceny niższe, a jego oferta została niezasadnie odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 tj. wadliwego i lakonicznego sformułowania wezwania skierowanego do Odwołującego oraz zarzutów nr 2, 5, 6 i 7 należy wskazać, że w wezwaniu Zamawiający zawarł szereg informacji, które miały mu umożliwić zbadanie, czy Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zakres wezwania był szeroki, a jednocześnie sformułowany ogólnikowo. Izba zwraca uwagę, że jeżeli Odwołujący miał wątpliwości, jak należy rozumieć treść wezwania, to mógł zwrócić się w tej sprawie do Zamawiającego. Mógł on również na etapie wezwania skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, o czym został pouczony w wezwaniu. W związku z tym, że nie skorzystał z tych uprawnień należy uznać, że treść wezwania nie budziła jego wątpliwości. Zamawiający w punkcie 1 wezwania żądał przedłożenia kalkulacji własnych potwierdzających, że Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Kalkulacje miały zostać poparte ofertami podwykonawców, dostawców, dowodami potwierdzającymi koszty nabycia materiałów, jeśli wykonawca jest w ich posiadaniu. Odwołujący przedłożył odpowiedź zawierającą bardzo ogólne informacje załączając do niej tabelę wartości elementów scalonych, w której przedstawił wartość i udział procentowy przyporządkowując jedynie pozycje kosztorysu do czterech rubryk. Nie złożył ofert dostawców czy dowodów potwierdzających koszty nabycia materiałów, mimo iż jak wynika ze złożonych podczas posiedzenia przed KIO dowodów był w ich posiadaniu przed złożeniem oferty. Analogicznie Odwołujący nie przedłożył kalkulacji własnej, mimo iż jak sam potwierdził posiadał szczegółowy kosztorys, który mógł złożyć w krótkim czasie, gdyby tylko Zamawiający się o niego zwrócił. Izba wskazuje, że nie było wymogu złożenia kosztorysu, jednak skoro Odwołujący nie wiedział jaką kalkulację własną ma przedłożyć, to mógł złożyć kosztorys, który zawierał bardzo szczegółowe dane.

Drugie pytanie dotyczyło informacji na temat planowanych do zastosowania, ekonomicznych metod budowy, zakupu materiałów, które ograniczają koszty realizacji zamówienia. Odwołujący podczas rozprawy wyjaśnił, że posiada hurtownię materiałów budowlanych, w związku z czym jest w stanie zaoferować materiały po korzystniejszych cenach, ponieważ tylko od niego zależy czy np. zastosuje marżę i w jakiej ona będzie wysokości. Izba wskazuje, że twierdzenia te powinny się znaleźć w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Na etapie postępowania odwoławczego są one spóźnione. Odwołujący wskazał, że zrealizował wiele inwestycji m.in. na rzecz Zamawiającego, w związku z czym posiadał on tę wiedzę. Izba wskazuje, że Zamawiający był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp do skierowania do Odwołującego wezwania, w związku z czym nie mógł on polegać na własnych przypuszczeniach, czy wiedzy, a mógł ocenić wyłącznie informacje, które przedstawił wykonawca na wezwanie.

Odnośnie rozwiązań technicznych i innych wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych dostępnych wykonawcy i warunkujących możliwość zaoferowania niższej ceny oferty Odwołujący wskazał m.in., że jest lokalnym wykonawcą, co pozwala zaoszczędzić ~10% kosztów związanych z utrzymaniem pracowników, zadanie planuje on wykonać w krótszym okresie niż oczekiwany przez Zamawiającego, co pozwoli nam dodatkowo zaoszczędzić ~5% kosztów związanych z inflacją, posiada własne rusztowania oraz niezbędne akcesoria do zabezpieczenia placu budowy, co nie generuje dodatkowych kosztów związanych z ich wynajmem. Stwierdzeń tych Odwołujący nie poparł żadnymi wyliczeniami. Nie wskazał na zasadzie zestawienia standardowych kosztów z kosztami, które on by poniósł, z czego wynikają przybliżone oszczędności. Kwestie te Odwołujący po części poruszył dopiero podczas rozprawy przed KIO, wskazując że inwestycja będzie realizowana niemal „za płotem", że został wyznaczony wyjątkowo atrakcyjny dla niego czas realizacji. Odwołujący nie opisał również czynników, które spowodowały, że cena jest niższa. Wskazał je, natomiast nie przełożył ich na zamówienie, które ma zostać zrealizowane.

Kwestią, której również nie wyjaśnił Odwołujący są informacje zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Zamawiający wskazał, że wykonawca może przedstawić np. zanonimizowane kopie umów o pracę lub kalkulacje własne. Podobnie Odwołujący nie przedstawił informacji na temat zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Jako przykładowe dowody Zamawiający wskazał potwierdzenia opłacania pracowniczych składek na ubezpieczenia społeczne lub kalkulacje własne wykonawcy. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że stawki roboczogodziny przyjęte do wyceny

są niemniejsze niż stawka wg sekocenbudu obowiązująca w ostatnim kwartale. Nie przedłożył żadnej kopii umowy, dowodu opłacenia składki czy kalkulacji własnej. Podczas posiedzenia Odwołujący złożył dowody w postaci dokumentów potwierdzających uprawnienia kierownika budowy (robót). Podczas rozprawy wyjaśnił, że fakt, że jeden ze wspólników Odwołującego posiada niezbędne uprawnienia umożliwia obniżenie kosztów o około 10 000 zł miesięcznie, ponieważ nie ma konieczności zatrudniania na to stanowisko pracownika. Ponownie jednak należy wskazać, ze są to twierdzenia spóźnione, które Odwołujący powinien był podać w odpowiedzi na wezwanie.

Izba wskazuje, że Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: „w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia rażąco niskiej ceny to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.” W przedmiotowej sprawie Odwołujący mimo posiadania zarówno dokumentów, jak i informacji, które mogłyby umożliwić Zamawiającemu dokonanie korzystnej dla niego oceny zaoferowanej ceny, nie złożył ich. Poprzestał wyłącznie na bardzo lakonicznej odpowiedzi.

Mając na uwadze to, że Odwołujący udzielił bardzo ogólnej odpowiedzi na skierowane do niego zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwanie, na większość punktów w ogóle nie odpowiadając i nie składając dowodów także zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy jak wskazał sam Odwołujący uzupełniających wyjaśnień, podczas gdy do Odwołującego należałoby skierować powtórzone pierwsze wezwanie, gdyż nie wyjaśnił on zagadnień w nim poruszonych, a to byłoby sprzeczne z zasadą jednokrotnego wzywania o to samo. Uzupełniające wyjaśnienia mogą dotyczyć kwestii niejasnych, a nie zagadnień, które Odwołujący pominął.

Mając na uwadze powyższe również zarzut nr 1 dotyczący naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 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.”

Izba wskazuje, że Odwołujący uzasadnienie faktyczne tego zarzutu oparł na zestawieniu ceny, którą sam zaoferował z ceną zaoferowaną przez wykonawcę SERVERMASTER Sp. z o.o. Z jednej strony twierdzi, że cena, którą sam zaoferował nie jest rażąco niska, w związku z czym jego oferta nie powinna zostać odrzucona, a z drugiej strony twierdzi, że cena oferty wykonawcy, który zaoferował cenę o kilkadziesiąt tysięcy wyższą powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, ponieważ on został wezwany do złożenia wyjaśnień. Izba wskazuje, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny z uwagi na ustawowy wymóg po przekroczeniu przez zaoferowaną przez niego cenę przesłanki kwotowej. W przypadku wykonawcy SERVERMASTER Sp. z o.o. wymóg taki nie wystąpił. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że Zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli powzmie wątpliwości odnośnie zaoferowanej przez niego ceny. W przypadku tego wykonawcy wątpliwości takich nie miał. Odwołujący również w złożonym odwołaniu nie podjął próby wykazania, że realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez SERVERMASTER Sp. z o.o. jest nierealna, w związku z czym Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe również wynikowy zarzut nr 8 nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która po odrzuceniu oferty Odwołującego uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....