

WYROK

Warszawa, dnia 19.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce (Lider) i FOTOZE S.A. z siedzibą w Wiśniówce (Partner) w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce i FOTOZE S.A. z siedzibą w Wiśniówce, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; a także kwoty 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) oraz 370 zł 87 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt złotych osiemdziesiąt siedem groszy) poniesione przez wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości - odpowiednio – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce i FOTOZE S.A. z siedzibą w Wiśniówce na rzecz wykonawcy BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze kwotę 3970,87 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt złotych osiemdziesiąt siedem groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez tego wykonawcę w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, w imieniu której PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego – zamówienie sektorowe - w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”), pn.: „*Modernizacja i wyposażenie stacji SN/nN w układy pomiarowe bilansowo-kontrolne zdalnego odczytu, wraz z uruchomieniem transmisji danych pomiarowych na terenie działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź*”, numer referencyjny postępowania: POST/DYS/OLD/GZ/01626/2024. Zamówienie jest podzielone na części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5.06.2024 r., numer wydania Dz.U. S: 108/2024, numer publikacji ogłoszenia: 331779-2024.

W dniu 4.11.2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EKOBOX S.A. z siedzibą w Wiśniówce (Lider) i FOTOZE S.A. z siedzibą w Wiśniówce (Partner) – zwani dalej łącznie: „odwołującym” – wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

a) wyborze najkorzystniejszej oferty BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, w sytuacji gdy jego oferta uznana za najkorzystniejszą zawierała rażąco niską cenę,

b) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, mimo że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez tego oferenta:

– nie nadają się do jakiegokolwiek weryfikacji, bowiem wykonawca BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze nie załączył jakichkolwiek dowodów w postaci np. ofert sprzedawców, kosztorysu, na potwierdzenie, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

c) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, w sytuacji, w której wykonawca ten nie zdołał obalić domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, co budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zadania

- które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w: Części II Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Żyrardów; Części III Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Sieradz; Części VII Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Łódź i RE Zgierz-Pabianice.

Przedstawionym powyżej działaniom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 239 w związku z art. 224 ust. 1, 224 ust. 6, art. 224 ust. 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, 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 BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, na żądanie zamawiającego, do których został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – w tym z uwagi na:

1) przyjęcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny od BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w sytuacji, kiedy wyjaśnienia:

– zawierają wyłącznie wybrane pozycje, a zatem nie stanowią kompleksowego wyjaśnienia ceny oferty, co powoduje, że zamawiający powinien uznać, że BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze w ogóle nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a co najmniej, że wykonawca – BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze nie udowodnił w świetle art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co w świetle przytoczonych wyżej przepisów było jego obowiązkiem,

2) brak przedstawienia dowodów z dokumentów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny a obowiązek ten wynika nie tylko z przepisów i orzecznictwa, ale wskazał na nią wprost sam zamawiający w treści wezwania z 2 sierpnia 2024 r., w którym poinformował, że wykonawca zobowiązany jest wykazać (tj. udowodnić), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3) to, że złożone wyjaśnienia nie nadają się do jakiegokolwiek weryfikacji i w żaden sposób nie potwierdzają, że przyjęte ceny i koszty mają charakter rynkowy, w konsekwencji czego, wykonawca nie obalił domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę,

- co doprowadziło, do nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Części II Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Żyrardów; Części III Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Sieradz; Części VII Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Łódź i RE Zgierz-Pabianice,

b) odrzucenie oferty BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze i przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert.

Ponadto, odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodów z wezwania z dnia 2.08.2024 r. do złożenia przez wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także z wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 07.08.2024 r. udzielonych przez wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze.

Odwołujący wnosił także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed KIO w wysokości 3600 zł oraz kosztów dojazdu, zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał m.in., że pismem z dnia 2.08.2024r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że zaoferowana cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zwrócił się do BERG sp. z o.o. z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, z uwzględnieniem miesięcznego kosztu wynagrodzenia na 1 etat (wynagrodzenie brutto/koszt pracodawcy) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający pouczył wykonawcę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na

wykonawcy. Zamawiający poinformował także, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 7.08.2024 r. wykonawca BERG sp. z o.o. przedłożył kalkulację cenową, zawierającą się w załączniku do w/w pisma dla przedmiotowego zadania, m.in. w części Nr 7, części Nr 2 i części Nr 3. Do pisma tego wykonawca BERG sp. z o.o. przedłożył jedynie tabele, które jego zdaniem miały stanowić dowód tego, że zaproponowana przez niego oferta cenowa nie jest rażąco niska.

Zdaniem odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia w żaden sposób nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, w szczególności z uwagi na brak udowodnienia wiarygodności swojej ceny. Wykonawca BERG sp. z o.o. – pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego z ustawy – nie przedstawił dowodów w zakresie wyliczenia ceny, mających potwierdzać rynkowość zaoferowanych przez niego cen.

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów, odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego jest więc przedstawienie takich wyjaśnień, które przekonają zamawiającego co do powodzenia realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie poprzez zaakcentowanie okoliczności mających wpływ na daną wycenę i wykazanie, że te okoliczności są realne i uzasadnione poprzez złożenie dowodów. Odwołujący dodał, że obalenie domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy i aby to dokonać, nie jest wystarczającym przedłożenie kosztorysu, czy też jak to było w niniejszym przypadku wypełnienie tabeli, bez zaoferowania dowodów, z których wynikałoby, że zaoferowane ceny są rynkowe.

Dalej odwołujący podkreślił, że złożone przez wykonawcę BERG sp. z o.o. wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości ceny, kosztów, a przez to nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę. Wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że zaproponowana przez niego cena jest rynkową. W opinii odwołującego, przedłożona przez wykonawcę wypełniona tabela, bez potwierdzenia zaproponowanych cen dowodami w postaci np. ofert sprzedaży, nie może stanowić o prawidłowym wykonaniu zobowiązania. Ponadto, wykonawca BERG sp. z o.o. nie przedłożył żadnych dowodów pozwalających na ustalenie, że podane w kosztorysie kwoty materiałów są możliwe do uzyskania przez niego na rynku. Nie przedstawił również dowodów, że przyjęte koszty robocizny są możliwe do osiągnięcia przez niego, bowiem nie okazał się żadną umową z pracownikiem, a z ofert wynika, iż będzie się opierał się na pracy pracowników.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że do wyjaśnień, złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia – co wynika z przepisów, orzecznictwa i samego wezwania do wyjaśnień, a czego wykonawca BERG sp. z o.o. nie uczynił.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

8.11.2024 r. wykonawca BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze(dalej: „BERG”), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wszystkie wymogi ustawowe, opisane w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy BERG do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z 15.11.2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie Części nr 2, 3 i 7. Odpowiedź została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania zamawiającego.

Pismem z dnia 17.11.2024 r. wykonawca BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze– uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego i wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Wobec powyższego Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem pisemnym uczestnika postępowania odwoławczego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, tj. istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego, stwierdzając spełnienie tych przesłanek. Izba nie podzieliła argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego, że odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania, z tego względu, że jego oferta powinna zostać odrzucona. Stwierdzić bowiem należy, że odwołujący jest wykonawcą, jego oferta nie została prawomocnie odrzucona, lecz znajduje się na 2 miejscu w rankingu ofert w ramach poszczególnych części zamówienia – w zakresie których zostało wniesione odwołanie - i wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Zgodnie z punktem 4.1. SWZ: Przedmiotem Zamówienia jest usługa 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. Oddział Łódź w podziale na 7 części:

Część I Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Piotrków Trybunalski

Część II Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Żyrardów

Część III Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Sieradz

Część IV Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Łowicz

Część V Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Bełchatów

Część VI Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Tomaszów Mazowiecki

Część VII Modernizacja stacji SN/nN wraz z montażem RE Łódź i RE Zgierz-Pabianice.

W Postępowaniu w ramach Części, w zakresie których zostało wniesione odwołanie, tj.:

- w Części 2 – zostało złożonych 10 ofert,
- w Części 3 – zostało złożonych 7 ofert
- w Części 7 – zostało złożonych 7 ofert
- w tym oferty odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawcy BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze z ceną oferty brutto:

1) w Części 2 - 3 228 799,20 zł;

2) w Części 3 - 4 447 311,00 zł

3) w Części 7 - 473 008,80 zł.

Wartość szacunkowa zamówień z podziałem na części wynosi:

- dla Części 2 - 5 375 657,03 zł;

- dla Części 3 - 7 404 925,65 zł

- dla Części 7 - 789 587,49 zł.

Z informacji z dnia 9.07.2024 r. wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę:

- Część 2 - 5 136 750,88 zł brutto,

- Część 3 - 7 120 590,95 zł brutto,

- Część 7 - 758 073,71 zł brutto.

Pismem z dnia 2.08.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze do wyjaśnień – na podstawie 224 ust. 1 ustawy Pzp – wskazując, iż:

„w związku z tym, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się z prośbą o złożenie

wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, z uwzględnieniem miesięcznego kosztu wynagrodzenia na 1 etat (wynagrodzenie brutto/koszt pracodawcy) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, wg tabeli zawartej w Załączniku nr 1 do niniejszego wezwania.

Wyjaśnienia należy odnieść do przyjętej w każdej z Części postępowania ceny, które wynoszą odpowiednio:

Część 2 – 3 228 799,20 zł brutto

Część 3 - 4 447 311,00 zł brutto

Część 4 - 3 278 688,00 zł brutto

Część 7 – 473 008,80 zł brutto

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny/kosztu.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP wyjaśnienia, o których mowa w wezwaniu, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw;
- 3) oryginalności dostaw;
- 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Uwaga:

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną/koszt, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP”.

Do ww. wezwania zamawiający załączył w formie edytowalnej pismo, w której zawarte były tabele.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2024 r. wykonawca BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przedstawione w załączniku do tego pisma w formie tabel, odnoszących się do poszczególnych rodzajów kosztów – według wzoru zawartego w załączniku do wezwania z dnia 2 sierpnia 2024 r. Wykonawca w tej formie przedstawił odrębnie wyjaśnienia dla Części 2, 3, 4 i 7 – wypełniając tabele:

- 1 - dot. kosztów urządzeń i materiałów;
- 2 – dot. kosztów wynagrodzeń;
- 3 – dot. kosztów związanych z wykonawcami - w tym zakresie tabela została niewypełniona;
- 4 – dot. kosztów transportowych (w tym paliwa, amortyzacji, ubezpieczenia pojazdu itp.);
- 5 – dot. kosztów pozostałych (m.in. związanych z obsługą firmy, naprawą urządzeń, kosztem amortyzacji itp.);
- 6 – dot. sumy wszystkich kosztów związanych z realizacją danej części zamówienia;
- 7 – dot. zysku/ straty

Pismem z dnia 24.10.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 2, 3 i 7, tj. oferty złożonej przez wykonawcę BERG sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze.

Wobec powyższej czynności odwołujący wniósł odwołanie w dniu 4.11.2024 r.

Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana 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.

(...)

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.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Na wstępie, Izba w składzie orzekającym, zauważyła, że co do zasady zgadza się z ogólnym stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego, iż: *„istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien wrzucić i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich.”*

Pożądane jest również złożenie w tym zakresie dowodów, jednak – co należy podkreślić - nie zawsze brak złożenia takich dowodów, będzie powodował konieczność negatywnej oceny wyjaśnień. Brak ten musi być oceniany każdorazowo indywidualnie zarówno przez treść samego wezwania i wyrażone w nim oczekiwania zamawiającego, jak i przez charakter, i kształt samych wyjaśnień, a także przez okoliczności w nich powoływane oraz przez przyrównanie okoliczności właściwych dla danej sprawy.

Odnosząc się do istoty sporu w rozpoznawanej sprawie, tj. kwestii oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty, złożonych przez wykonawcę BERG sp. z o.o., stwierdzić należy, że - wbrew twierdzeniom odwołującego - wyjaśnienia te odpowiadają na wezwanie zamawiającego i stanowią kompleksowe wyjaśnienie ceny w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego. Są adekwatne do treści wezwania.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że: *„przedłożona przez Wykonawcę wypełniona tabela bez potwierdzenia zaproponowanych cen dowodami w postaci np. ofert sprzedaży, nie może w świetle przytoczonych wyżej poglądów orzecznictwa, stanowić o prawidłowym wykonaniu zobowiązania”*.

Zamawiający do wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty z dnia 2.08.2024 r. załączył pismo w formie edytowalnej, zawierające tabele, które zostały wypełnione przez wykonawcę zgodnie ze sposobem wskazanym przez samego zamawiającego. Zamawiający załączając do wezwania konkretny wzór tabel – odnoszący się w istocie do wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia – określił i jednocześnie sprecyzował swoje wymagania co do treści i formy składanych wyjaśnień. Oczywiście wyjaśnienia te mogły być pełniejsze, m.in. mogły wskazywać na dodatkowe koszty, czy zawierać szersze uzasadnienie wskazanych kosztów, a także zawierać dowody, uzasadniające podaną cenę, co byłoby pożądane. Jednak brak tych elementów nie sprawia, że ocena tych konkretnych wyjaśnień, złożonych przez wykonawcę BERG sp. z o.o. w dniu 7.08.2024 r. prowadzi do konstatacji, nie uzasadniają one podanej w ofercie ceny lub kosztu.

To zamawiający niejako narzucił sposób przedstawienia tych wyjaśnień, a wykonawca odpowiedział na wezwanie – zgodnie z żądaniem zamawiającego. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in.: *„Zamawiający zwraca się z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, z uwzględnieniem miesięcznego kosztu wynagrodzenia na 1 etat (wynagrodzenie brutto/koszt pracodawcy) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, wg tabeli zawartej w Załączniku nr 1 do niniejszego wezwania. Wyjaśnienia należy odnieść do przyjętej w każdej z Części postępowania ceny, które wynoszą odpowiednio”*.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonawca BERG sp. z o.o. wyjaśnił – w formie tabel odnoszących się do poszczególnych części zamówienia i poszczególnych rodzajów kosztów - okoliczności związane z kosztami urządzeń i materiałów koniecznych do realizacji zamówienia (w tym koszt przekładników, szafek pomiarowych z pełnym wyposażeniem i pozostałych materiałów, wskazując przy tym liczbę modernizowanych stacji), związane z kosztami wynagrodzeń pracowników (podając też łączny wymiar etatów i miesięczny koszt wynagrodzenia na 1 etat), miesięcznymi kosztami transportu, miesięcznymi kosztami dotyczącymi obsługi firmy, czy wreszcie wskazał zysk. Z kolei brak wypełnienia tabeli nr 3 wskazuje na brak polegania na usługach podwykonawców.

Jednocześnie, jak wyjaśnił – podczas rozprawy - uczestnik postępowania odwoławczego, z treści złożonych

wyjaśnień wynika jaki rodzaj i liczba urządzeń/ materiałów zostanie przez niego zastosowany, wskazany został ich koszt - a jest to najbardziej kosztotwórczy czynnik, mający wpływ na zaoferowaną cenę. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał również na znaczący poziom zakładanego zysku.

Przez załączenie tabeli do wezwania zamawiający wskazał jakich wyjaśnień oczekuje. Z treści wezwania nie wynikały żadne inne konieczne elementy, które by zostały pominięte przez wykonawcę. Z kolei te które zostały ujęte wskazują na najważniejsze elementy mające wpływ na cenę oferty.

Odnosząc się wreszcie do kwestii dowodów, których znaczenie i wagę podkreślał wielokrotnie odwołujący, to zauważyć należy, że kwestia ta nie została wyartykułowana w treści samego wezwania. Zamawiający wzywał bowiem do złożenia wyjaśnień ceny/kosztu. Pouczał także o obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu. W żadnym jednak miejscu wezwania do wyjaśnień nie sformułował żądania dotyczącego złożenia dowodów.

W konsekwencji, wobec kształtu wyjaśnień narzuconych przez samego zamawiającego w treści wezwania (wzór określony w załączniku do wezwania), Izba uznała, że wykonawca zadośćuczynił w pełni swojemu obowiązkowi wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Podkreślić również należy, że sam odwołujący nie kwestionował któregośkolwiek z kosztów wskazanych w poszczególnych tabelach, a które – w jego ocenie - wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy dowodzenia, które też w okolicznościach niniejszej sprawy wydawałyby się nieadekwatne do uwarunkowań rynkowych. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do negatywnej oceny złożonych wyjaśnień.

Słusznie też uczestnik postępowania odwoławczego zauważył, że zamawiający skierował identyczne wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do wszystkich oferentów, co świadczy raczej o nieprawidłowym – zawyżonym szacunku wartości zamówienia.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na marginesie wskazać należy, że wskazana przez uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie zawierającym sprzeciw argumentacja, przedstawiona w formie zarzutów kierowanych w stosunku do oferty odwołującego, nie mieści się w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, a zatem wykracza poza granice kognicji Izby w tej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także kwoty 3600 zł i 370,87 zł, poniesione przez wykonawcę BERG sp. z o.o., wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości - odpowiednio – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz ww. wykonawcy kwotę 3970,87 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez tego wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....