Sygn. akt:KIO 2006/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawcę HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Osiek

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy UXO MARINE S.A. z siedzibą w Rumii

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gmina Osiek: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Osiek i:
   1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie tytułem wpisu od odwołania,
   2. zasądza od zamawiającego Gmina Osiek na rzecz wykonawcy HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 2006/24

UZASADNIENIE

Gmina Osiek (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa Pomostu Rekreacyjnego w Osieku” (znak postępowania: ZW.271.6.2024). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00266039/01.

W dniu 10 czerwca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca HYDRO-MAG Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielnie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były wystarczające do wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania do złożenia wyjaśnień jakich oczekuje Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności z dnia 5 czerwca 2024 r., polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. wezwania Odwołującego w sposób skonkretyzowany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W przypadku, gdyby odwołanie Odwołującego zostało uwzględnione oferta Odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu i wykonawca mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Tym samym na skutek bezprawnego działania Zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego, Odwołujący może ponieść wymierną szkodę na skutek nieudzielenia mu przedmiotowego zamówienia publicznego. Wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 5 czerwca 2024 r. (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 10 czerwca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: 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.
Stanowisko Odwołującego:
Odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, że Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje prawidłowości złożonych na wezwanie wyjaśnień w kontekście realności zaoferowanej ceny. Zamawiający nie odniósł się do całości złożonych wyjaśnień, nie wskazał, z jakich powodów uznał cenę oferty za rażąco niską.
W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia były wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia stanowiły logiczną całość, tak w warstwie opisowej, jak i kalkulacyjnej. Zawierały szczegółową część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która jednocześnie nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący wskazał opisowo wiele elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Na okoliczności przytoczone w wyjaśnieniach podmiot je składający przedstawił również dowód w postaci kalkulacji ofertowej. Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że wartość oferty wynosi ponad 1 112 tys. złotych, koszty sprzętu wyceniono na 65,5 tys. zł, robociznę na 216 tys. zł, materiał 666 tys. zł . Łącznie koszty blisko 950 tys. zł, zysk na poziomie ok 18%.
Odwołujący zauważył też, że złożone wyjaśnienia odnosiły się do wszystkich aspektów objętych wezwaniem Zamawiającego. Na wezwanie do przedłożenia szczegółowej kalkulacji cenowej wraz z podaniem przewidzianego sprzętu i obsługi technicznej oraz wymaganych czynności kontrolnych dla całości złożonej oferty ze szczególnym uwzględnieniem prac kafarowych i podwodnych objętych przedmiotem niniejszego postępowania Odwołujący przedłożył kosztorys ofertowy na kwotę 1 112 221,14 zł brutto, obejmujący pełny zakres robót objętych przedmiotem zamówienia. Kosztorys został opracowany z zastosowaniem KNNR- 5 odnoszącego się do robót elektrycznych (instalacje elektryczne i sieci zewnętrzne) oraz badań i pomiarów, KNR-2 Konstrukcje budowlane, KNR-4 Roboty budowlane remontowe. Do opracowania kosztorysu Wykonawca wykorzystał przedmiary robót przekazane Wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Do obliczenia ceny oferty Odwołujący wykorzystał przekazane przez Zamawiającego projekt budowlany, dokumentację techniczną budowlaną oraz własne doświadczenie i dostępny sprzęt znajdujący się w zasobach Odwołującego. Cenę obliczono z wykorzystaniem dla zadania przedmiaru robót sporządzonego przez Zamawiającego. Planowane roboty związane montażem pali Odwołujący planuje wykonać z zastosowaniem krypy (łodzi) oraz kafara spalinowego zainstalowanego na tej łodzi. Prace kafarowe uwzględniono w pozycji 48 kosztorysu (przedmiaru). Oprócz kosztorysu ofertowego Odwołujący w swych wyjaśnieniach wskazał na przyjęty sposób organizacji realizacji przedmiotowego zamówienia, koszty (w tym niezbędne koszty osobowe, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Pzp) jakie zostały uwzględnione w jego ofercie, wskazał wreszcie, że „Wartość uwzględnia 10% narzut który uwzględnia zysk wykonawcy a także straty materiałowe szacowane każdorazowo dla inwestycji na poziomie 5%. Oszacowany zysk na poziome minimum 75 tys. zł". W zakresie udowodnienia 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 Odwołujący wskazał jakie rzeczywiście poniesie koszty na realizację zamówienia.
W ocenie Odwołującego aczkolwiek można dla sporządzenia kalkulacji skorzystać z innych KNR niż wskazał Zamawiający i innego sposobu wyceny co Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Odwołujący dla wyliczenia ceny skorzystał w dostępnego i upublicznionego przez Zamawiającego przedmiaru, z tytułu czego nie może aktualnie mieć stawianych zarzutów. W przedmiarze były takie dane jakie Zamawiający w nim umieścił. Odwołujący na postawie wieloletniego doświadczenia w zakresie realizacji obiektów hydrotechnicznych w tym pomostów, slipów itp. oszacował czas realizacji robót budowlanych na 2,5 miesiąca - brygada 6 osób co przy średniej ilości godzin pracy w m-cu ok 166 h wynosi blisko 2500 h. Według wskazanych w przedmiarze KNNR i KNR czas ten wynosi ponad 5300 h. Tym samym w oszacowanym czasie pracy i czasie pracy wynikającym z przedmiaru uwzględniono koszty badań nurków, nadzoru nad inwestycją, przygotowanie dokumentacji odbiorowej, zaplecza budowy, kosztów pracy biura itp. które są niezbędne do poniesienia a faktycznie nie wykazanych z żadnej z pozycji przedmiaru. Analogicznie przewidywane na podstawie doświadczania zmniejszenie liczby godzin rzeczywistych w stosunku do przedmiaru powoduje „ sztuczne" obniżenie kosztów pośrednich w kosztorysie do faktycznie ponoszonych przez Odwołującego z 35% z kosztorysu do 50% wskazanych w wyjaśnieniu. Pomimo złożenia kalkulacji ceny oferty w oparciu o przedłożone do opisu przedmiotu

zamówienia i dodatkowych wyjaśnień przez Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie odnosi się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, nie dokonuje ich oceny w kontekście prawidłowości, a przede wszystkim w ogóle nie kwestionuje ich w zakresie treści w nich przedstawionych. Nie wskazuje, które w jego ocenie pozycje kosztowe są nierealne i nie gwarantują realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Sformułowane przez Zamawiającego zarzuty wobec złożonych wyjaśnień oscylują wobec dwóch aspektów.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, w pierwszej kolejności Zamawiający kwestionuje kompletność złożonych wyjaśnień wskazując, że ich zakres jest niewystarczający do wykazania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie może zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wprost korelowały z treścią wezwania jakie zostało do niego skierowane. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wskazał w wezwaniu w sposób wyraźny na konieczność złożenia szczegółowej kalkulacji ceny, zawierającej wszystkie elementy, które obecnie definiuje jako braki w wyjaśnieniach, jak również nie zadał konkretnych pytań odnośnie sposobu wyliczenia ceny. Z pewnością nie została przez Zamawiającego wskazana w treści wezwania, lista elementów co do której Zamawiający uważał, że jest niezbędna w celu należytego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a którą wskazał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Prawidłowym działaniem Zamawiającego winno być wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień skoro po stronie Zamawiającego pojawiły się wątpliwości wynikające z analizy złożonych wyjaśnień, w szczególności że skierowane do Odwołującego wezwanie miało charakter ogólny nie określający w żaden sposób na aspekty, których wyjaśnienia żąda Zamawiający.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zdaje się wskazywać, że pomimo lakonicznej i bardzo ogólnej treści wezwania do wyjaśnień ceny, dla Zamawiającego, bez podania uzasadnienia takiego założenia, jest oczywistym że wzywany wykonawca winien z góry przyjąć za swój obowiązek przygotowania ww. wyjaśnień w sposób prezentowany przez Zamawiającego w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że brak było podstaw po stronie Odwołującego do przyjęcia że właśnie takie elementy będą miały dla Zamawiającego znaczenie. W szczególności, gdy zarzucane braki dotyczą opisu przyjętej technologii wykonania prac, zwłaszcza wykonywanych z wody (np. jaki sprzęt pływający, kafarowy zostanie użyty do realizacji prac); informacji o harmonogramie i terminach dostaw dla poszczególnych materiałów; szczegółowej kalkulacji kosztów stałych. Co do zarzutu, że Zamawiający analizując złożony kosztorys ofertowy oraz treść złożonych wyjaśnień znalazł oczywistą sprzeczność polegającą na podaniu przez oferenta innej wartości kosztów stałych podanych w przedłożonym wyjaśnieniu, a inne w załączonym kosztorysie wskazującym rzekomo szczegółową kalkulację cenową, Odwołujący wskazuje, że wynika to z różnicy obliczeń dokonywanych metodą kosztów rzeczywistych a metodą na podstawie KNNR i KNR o czym Odwołujący pisał wyżej. Pozostałe informacje dotyczące szczegółowych kosztów wynagrodzeń, np. członków ekipy nurkowej; kosztów podwykonawców; oświadczenie iż prace w całości Odwołujący wykona własnymi siłami (wyjątek jeden podwykonawca) zostały podane w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Co do rezerwy cenowej na nieprzewidziane koszty (podana została w wartości zysku), kosztów zarządzania Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stosowanymi w Polsce standardami kosztorysowania zostały ujęte w kosztach pośrednich. Fakt skierowania do Odwołującego wezwania o treści ogólnej skutkuje w istocie tym, że to podmiot wyjaśniający (Odwołujący) staje się niejako gospodarzem procesu wyjaśniania i przyjmuje metodę ich sporządzenia biorąc pod uwagę aspekty istotne z jego punktu widzenia.

Odwołujący, w odniesieniu do kolejnego aspektu, który stanowił w ocenie Zamawiającego podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tj. kwestii wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie robót nurkowych, stwierdził, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie może być uznana za prawidłową i zgodną z obowiązującymi przepisami. Odwołujący zwraca uwagę, że zakwalifikowanie przez Zamawiającego zakresu zamówienia obejmującego wykonanie robót nurkowych jako istotnej części składowej zamówienia jest chybione, gdyż przy takiej wykładni praktycznie każdy zakres niniejszego zamówienia można by uznać za istotny.

Ponadto, zdaniem Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny co do zasady nie kształtują treści oferty, jak zdaje się argumentować Zamawiający, lecz służą wykazaniu realności zaoferowanej ceny. Fakt, że w ramach procesu wyjaśnień ceny Odwołujący oświadczył, że ten zakres zamówienia zostanie zrealizowany przez podwykonawcę nie świadczy o nieprawidłowości złożonych wyjaśnień, a w efekcie o braku wykazania realności zaoferowanej ceny. Za nieistotnością wyceny robót nurkowych w obliczeniu ceny oferty świadczą zdaniem Odwołującego dwa aspekty, wartość robót nurkowych w wysokości 3 075,00 zł brutto co stanowi poniżej 0,5% wartości zadania, oraz fakt, że zakres ten nie został uznany przez Zamawiającego za istotny poprzez brak wymagania dysponowania uprawnieniami jako odrębnym warunkiem udziału w postępowaniu.

Odwołujący również zauważył, że przyjęty przez Zamawiającego sposób wykazania braku realności wynagrodzenia za wykonanie robót nurkowych, wynikającego w wyjaśnień Odwołującego jest nie do przyjęcia z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp. W szczególności także dlatego, że firma Nautim wskazała, że wykona prace podwodne (nurkowe). W ocenie Odwołującego Zamawiający zakwestionował wysokość wynagrodzenia za wykonanie robót nurkowych bez wskazania jakiejkolwiek racjonalnej argumentacji, wskazując jedynie, że kiedyś spotkał się z ofertą złożoną przez podmiot Nautim, która była droższa, a w związku z faktem, że mamy do czynienia z corocznym wzrostem cen, wynagrodzenie za realizację zakresu robót nurkowych w przedmiotowym postępowaniu nie może być aktualnie niższa.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 24 czerwca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 24 czerwca 2024 r. UXO MARINE S.A. z siedzibą w Rumii (dalej: „UXO MARINE") wniósł o oddalen odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, 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 postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Zgodnie z art. 510 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. W ocenie Izby nie ma obowiązku załączania umowy zlecenia do odwołania, a także składania go przy pierwszej czynności procesowej, gdyż wskazane w art. 511 ust. 2 ustawy Pzp wskazują na braki pełnomocnictwa lub w składzie właściwych organów, a w ocenie Izby samo pełnomocnictwo załączone do odwołania takich braków nie zawierało, gdyż wskazywało rodzaj czynności, do których upoważnia – wnoszenie odwołania, reprezentowanie odwołującego, w związku, z jakim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego się wiąże i było wystawione przez osobę uprawnioną do działania w imieniu odwołującego. Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik pozostający w stosunku zlecenia był w stanie ten fakt wykazać w sytuacji zaistnienia wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika do wykazywania istnienia tego stosunku (tak Izba w wyroku z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 8/21). Przepis art. 516 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp mówi o obowiązku załączenia dowodu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a taki dokument został złożony. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się braków w zakresie wykazania skuteczności umocowania pełnomocnika Odwołującego. Pełnomocnictwo zostało wykazane w sposób właściwy, ewentualne wątpliwości zostały dodatkowo rozwiane umową zlecenie, Izba uznaje, że zostało ono wniesione przez osobę umocowaną i nie znajduje zastosowania dla art. 528 pkt 2) ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił UXO MARINE Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez UXO MARINE po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w sprawie stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami oraz uczestnikiem. Istota sporu w tym postępowaniu odwoławczym sprowadzała się natomiast do interpretacji prawnej zaistniałych okoliczności faktycznych. Stąd też za zbędne Izba uznała przytaczanie w tym miejscu całego stanu faktycznego i powielanie treści dokumentów, których strony i uczestnik nie kwestionowali. Należy więc w tym miejscu tylko podkreślić, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający najpierw, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, skierował wobec Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w dniu 17 maja 2024 r., wobec którego Odwołujący w dniu 21 maja 2024 r. udzielił wyjaśnień i załączył kosztorys ofertowy. Następnie w dniu 24 maja 2024 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia ww. wyjaśnień, a Odwołujący w dniu 28 maja 2024 r. udzielił odpowiedzi przedkładając załącznik w postaci certyfikatu. W rezultacie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, podając uzasadnienie prawne i faktyczne czynności w informacji

o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 5 czerwca 2024 r.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Natomiast, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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 (art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp).

Przy tym należy dostrzec, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, wedle art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Co zostało już wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Izby, za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, poprzedzone musi zostać zatem przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 ustawy Pzp. W ramach wyjaśnień wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, a same wyjaśnienia powinny cechować się jasnością, konkretnością i spójnością, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (vide art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Jeżeli więc wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Mając powyżej poczynione uwagi na względzie, Izba zauważyła, iż treść pierwszego wezwania Zamawiającego zasadniczo nie prezentowała konkretnych oczekiwań co do sposobu oraz zakresu przedstawienia wyjaśnień przez Odwołującego. Owszem, poza żądaniem uwzględnienia okoliczności, które przykładowo wskazał ustawodawca, Zamawiający domagał się przedłożenia szczegółowej kalkulacji cenowej wraz z podaniem przewidzianego sprzętu i obsługi technicznej oraz wymaganych czynności kontrolnych dla całości złożonej oferty ze szczególnym uwzględnieniem prac kafarowych i podwodnych objętych przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający w treści wezwań nie wskazał na element oferty Odwołującego, którego cena lub koszt wydawał mu się rażąco niski. Stąd też niezasadnym było po tak przeprowadzonej procedurze wyjaśniającej dojść do wniosków, które zawarte były w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Izba zgadza się też z Odwołującym, że Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości złożonych wyjaśnień w kontekście realności zaoferowanej ceny. Zwrócić trzeba również uwagę, że poza samymi wyjaśnieniami, które w ocenie Izby odnosiły się do treści skierowanych przez Zamawiającego wezwań w sposób rzetelny, co nie pozwalało uznać je obiektywnie za lakoniczne, Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację. Należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w pierwszej kolejności kwestionował, że Odwołujący nie zawarł szeregu szczegółowych elementów, które zdaniem Zamawiającego powinny znaleźć się w wyjaśnieniach. Jednakże trudno kierować wobec Odwołującego oczekiwania co do ujęcia w niej wszystkich elementów, których życzyłby sobie Zamawiający, a które to zostały wymienione w informacji o odrzuceniu oferty, skoro treść wezwania Zamawiającego była ogólna. Drugie wezwanie Zamawiającego z kolei sprowadzało się literalnie do żądania przedstawienia certyfikatu, co też Odwołujący uczynił. Niezasadnym jest więc oczekiwać od Odwołującego składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy Zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Izba zwraca uwagę, że brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego, aby w wezwaniu wskazał elementy oferty, które zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Zamawiający, żądając wyjaśnień, zobowiązany jest wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, a jeżeli wątpliwości dotyczą składowych ceny lub kosztu, powinien wskazać te składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, zamawiający winien

uwzględniać treść wezwania skierowanego do wykonawcy. Jeżeli zatem zamawiający nie sprecyzuje swojego wezwania, sporządzając ogólne wezwanie, trudno będzie wymagać od wykonawcy przedstawienia szczegółowych informacji czy wyliczeń, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. To bowiem w gestii zamawiającego leży ocena wyjaśnień wykonawcy pod kątem tego, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w sposób nie budzący wątpliwości. Gdyby zaś zamawiający miał dalsze wątpliwości wobec przedstawionych wyjaśnień wykonawcy, ma prawo ponowić swoje wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Niemniej konieczność doszczegółowienia dotychczasowych wyjaśnień wykonawcy nie może wynikać z faktu, iż kolejne wezwanie polegałoby właściwie na powtórnym zwróceniu się przez zamawiającego o te same informacje, które były już ujęte we wcześniejszym wezwaniu, a których to wykonawca nie przedstawił. Zarazem nie ma przeszkód, aby zamawiający ponownie wezwał do wyjaśnień wykonawcę, w stosunku do którego skierował wezwanie o ogólnym charakterze, a ewentualne wątpliwości powstały po stronie zamawiającego po lekturze pierwotnie udzielonych wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, iż każde wyjaśnienia wykonawcy bez względu na treść wezwania winny być udzielone w sposób rzeczowy. Przy czym podkreślić trzeba, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie, czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa.

Co zaś się tyczy drugiej kwestii podniesionej przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a więc rażąco niskiej ceny prac nurkowych, to w ocenie Izby prace nurkowe nie stanowią istotnej części składowej ceny. W orzecznictwie wskazuje się, że: *„Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty."* (wyrok KIO z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3043/21); *„należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości."* (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21). Na tle tych rozważań, trudno uznać, aby ewentualne niedoszacowanie kosztu rzędu maksymalnie kilkunastu tysięcy złotych dotyczącego prac nurkowych (na rozprawie Zamawiający wskazał, że jego zdaniem koszt wykonania tych prac powinien wynosić około 17-18 tysięcy złotych, a zarazem szacunkowa całkowita wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego przekraczała 2 mln złotych), przy globalnej cenie przekraczającej 1 112 tys. zł nie mogło zaważyć na powodzeniu całego przedsięwzięcia. Izba zwróciła też uwagę, iż sama argumentacja Zamawiającego w tym przedmiocie oparta była jedynie na własnych, niewystarczających w ocenie Izby do jednoznacznego rozstrzygnięcia, porównaniach oferty podwykonawczej z ofertą tego podwykonawcy złożoną w innym postępowaniu w 2017 r. Stąd też oraz z uwagi na marginalny koszt tego elementu ceny, niestanowiącego istotnej części składowej, nie sposób w ocenie Izby przyjąć, iż z tego powodu należało odrzucić ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tym samym zarzut nr 1 zasługiwał na uwzględnienie.

Zarazem za słuszny w takiej sytuacji należy uznać postawiony zarzut nr 2, tj. zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania do złożenia wyjaśnień jakich oczekuje Zamawiający. Jak już wskazano, przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Co do zasady zatem brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne w stosunku do podstaw odrzucenia oferty. Odwołujący nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niemniej w tym konkretnym przypadku, to, że Zamawiający uprzednio nie skierował wezwania odpowiadającego swoim oczekiwaniom co do zakresu wyjaśnień, a zaprezentował je dopiero przy uzasadnieniu odrzucenia oferty, sprawia, że zarzut nr 2 zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym w ocenie składu orzekającego, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

Przewodniczący:……..