Sygn. akt:KIO 2284/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Metrolog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Recz**

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Melioracyjno-Budowlany MEL-BUD T.R." z siedzibą w Sulechowie oraz Harmony Home K.T. Spółka jawna z siedzibą w Kijach na podstawie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Zamawiającego** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 236 zł 20 gr (słownie: piętnaście tysięcy dwieście trzydzieści sześć złotych dwadzieścia groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł, zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie
3 600 zł, kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 619,20 zł oraz opłaty skarbowej w kwocie 17 zł.

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 2284/24

U z a s a d n i e n i e

Gmina Recz, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa stacji uzdatniania wody wraz z modernizacją 4 ujęć wody w miejscowości Recz gm. Recz* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00330656/01.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca Metrolog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnkowie, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 oraz 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Zakład Melioracyjno-Budowlany MEL-BUD T.R." z/s przy ul. Wiśniowej 2, 66-100 Sulechów (Lider Konsorcjum) oraz Harmony Home K.T. Sp j. z/s przy ul. Jarzębinowej 9, 66-100 Kije (Partner Konsorcjum; dalej łącznie zwani: Konsorcjum MEL-BUD), pomimo tego, że Konsorcjum MEL-BUD nie udzieliło wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz nie przedstawił dowodów w zakresie wymaganym przez Zamawiającego lub przedstawił dowody niewystarczające; ewentualnie, w sytuacji uznania, że wyjaśnienia Konsorcjum MEL-BUD były prawidłowe i wyczerpujące: art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2 oraz 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MEL-BUD, pomimo tego, że ocena wyjaśnień Konsorcjum MEL-BUD, potwierdza, że oferta Konsorcjun

MEL-BUD zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MEL-BUD, pomimo że prawidłowa ocena oferty Konsorcjum MEL-BUD winna prowadzić do wniosku, że oferta Konsorcjum MEL-BUD jest niezgodna z warunkam zamówienia w sposób istotny i nieusuwalny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum MEL-BUD, a w jej następstwie uznania, iż oferta Konsorcjum MEL-BUD podlega odrzuceniu oraz dokonania wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich ocenie – wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Pismem z dnia 16 lipca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia, oferty wykonawców, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Konsorcjum MEL-BUD informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy wraz z przedłożonymi dowodami w dniu 22 lipca 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", przedmiotem zamówienia jest budowa stacji uzdatniania wody wraz z modernizacją 4 ujęć wody w miejscowości Recz gm. Recz

Stosownie do pkt 12 SWZ *Cenę oferty należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie wszelkich wymogów związanych z realizacją zamówienia. Cena ofertowa muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy (cena ryczałtowa).*

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 8.000.000,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym oferta Konsorcjum MEL-BUD z ceną brutto 5.390.475,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2024 r. wezwał Konsorcjum MEL-BUD, do złożenia wyjaśnień (oferta Konsorcjum MEL-BUD jest bowiem niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 33%), w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, precyzyjnie wskazując udzielenia jakich informacji Zamawiający oczekuje. Zamawiający wskazał w wezwaniu, iż wyjaśnienia winny dotyczyć zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, przy czym za obowiązkowe Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie kosztów pracowniczych, tj. w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Konsorcjum MEL-BUDw dniu 17 czerwca 2024 r. przedłożyło pismo stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2024 r.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Konsorcjum MEL-BUD.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba stwierdziła, że w postępowaniu zgłoszenie przystąpienia zgłosił po stronie Odwołującego wykonawca Makob Kobeszko Sp. k. z siedzibą w Choszcznie.

Izba postanowiła nie dopuścić ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego z uwagi na niedopełnienie obowiązków dotyczących poświadczenie sposobu reprezentacji podmiotu. W złożonym do Izby zgłoszeniu przystąpienia brakuje dokumentów, z których wynika możliwość reprezentacji wykonawcy przez p. Adriana Gobosza. Do zgłoszenia załączono pełnomocnictwo, które nie zostało podpisane. W przesłanym zgłoszeniu nie ma pełnomocnictwa podpisanego.

Tym samym w dniu zgłoszenia przystąpienia pełnomocnik nie wykazał, że był uprawniony do działania w imieniu podmiotu zgłaszającego przystąpienie. Uzupełnienie tego braku zgłoszenia ma charakter niedopuszczalny, bowiem regulacja art. 525 ustawy Pzp nie zawiera odesłania do art. 518 ustawy Pzp.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Ponadto, stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący podnosił, że pomimo tego, że Konsorcjum MEL-BUD, bardzo ogólnie i lakonicznie powołuje się na czynniki, które rzekomo miałyby wpłynąć na zaoferowanie korzystnej ceny w przetargu, Konsorcjum MEL-BUD w żadnym fragmencie wyjaśnień nie wyjaśnił w jaki sposób dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami.

W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia konsorcjum MEL-BUD są lakoniczne. Mnożenie ogólników o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej kadry etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych.

Dodatkowo, jak słusznie zauważył Odwołujący, Konsorcjum MEL-BUD nie przedłożyło żadnych dowodów, czy szczegółowych kalkulacji, potwierdzających nie tylko koszty zatrudniania personelu, skalkulowane w treści oferty, ale również, że koszty te są zgodne z obowiązującymi przepisami. Nie dokonano wskazania jakie wynagrodzenie zostało przewidziane na rzecz Kierownika budowy. Nie wskazano również kosztów pozostałych kierowników robót, którzy zostali podani przez Konsorcjum MEL-BUD w wykazie osób. Ponadto, wykonawca nie uzasadnił podstaw skalkulowania wynagrodzenia w danym wymiarze. Nie złożył wyjaśnień w zakresie miesięcznego wynagrodzenia, a nawet stawki za godzinę pracy pracowników poszczególnych kategorii. Próżno szukać w kosztorysach załączonych do wyjaśnień pozycji dotyczącej wynagrodzenia kierownika budowy, kierowników robót.

Nie wykazano, że zostanie spełniony przez Konsorcjum MEL-BUD lub podwykonawców wymóg z pkt II.3 SWZ zgodnie z którym Zamawiający stawia wymóg w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących niżej wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia: - czynności związane z obsługą ciężkiego sprzętu budowlanego tj. m.in.: koparka, ładowarka, koparko-ładowarka. W ogóle nie wykazano, że ww. osoby zostaną zatrudnione na umowę o pracę, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, wskazanym w SWZ.

Konsorcjum MEL-BUDnie wskazało kosztu dostawy i montażu przepływomierzy, podczas gdy przykładowo w ofercie Odwołującego koszty wykonania tego zakresu wynoszą ok. 50.000,00 zł netto.

Należy również wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest Konsorcjum MEL-BUD, ubiegający się i

uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę, co wpłynęło bezpośrednio na wyceną poszczególnych pozycji, a co w konsekwencji miało wpływ na ostateczną cenę ofertową.

W niniejszym stanie faktycznym Konsorcjum MEL-BUD już po otwarcia ofert mogło stwierdzić, że jego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca więc będąc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku – dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż brak wskazania miesięcznych kosztów pracy może istotnie wpłynąć na uznanie jego wyjaśnień za niewystarczające i nieczyniące zadość wezwaniu.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy ponownie przypomnieć, iż każdorazowo punktem wyjścia dla oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winna być treść samego wezwania. To wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak zwrócił bowiem uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I Ca 117/12: istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (...) w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone. Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność.

W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta Konsorcjum MEL-BUD winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez Konsorcjum MEL-BUD, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podzieliła również argumentację Odwołującego, że oferta Konsorcjum MEL-BUDjako niezgodna z warunkami zamówienia, podlega również odrzuceniu przez Zamawiającego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 1.8.3 programu funkcjonalno-użytkowego zbiorniki retencyjne miały zostać wykonane wewnątrz budynku. Jak wskazano *zainstalowanie urządzeń technologicznych i rurociągów w budynku SUW: (…) - budowa zbiorników retencyjnych (…).* Zamawiający potwierdził konieczność posadowienia zbiornika retencyjnego wewnątrz budynku SUW w odpowiedzi na pytanie z dnia 31 maja 2024 r., gdzie wskazał, że stoi na stanowisku, że zbiornik powinien znajdować się wewnątrz budynku.

Odwołujący podnosił, że z ofert potencjalnych podwykonawców, dołączonych do wyjaśnień przez Konsorcjum MEL-BUD wynika, że zbiorniki retencyjne zostaną wykonane na zewnątrz budynku SUW. W ofercie DOM-BUI wskazano osobno wykonanie fundamentów pod budynek SUW (we wnętrzu którego winny się znaleźć zbiorniki retencyjne) oraz osobno wskazano wykonanie fundamentów pod zbiorniki retencyjne. Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie PRO-MET wskazano, iż izolacja dachu zbiornika retencyjnego zostanie wykonana z wełny mineralnej, co bezpośrednio wskazuje na fakt, iż zbiornik retencyjny zostanie posadowiony na zewnątrz. Powyższe potwierdza również zdaniem Odwołującego poglądowy rysunek zbiornika PRO-MET. Na powyższą okoliczność wskazuje w szczególności sam fakt przewidzenia budowy dachu ww. zbiornika, który miałby być wykonany z blachy trapezowej ocynkowanej (przedmiotową blachę stosuje się w przypadku konstrukcji wykonywanych na zewnątrz, a nie wewnątrz budynku) oraz przewidziany na dachu komin. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do argumentacji Odwołującego, podobnie jak Konsorcjum MEL-BUD, które nie przystąpiło do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba uznała stanowisko Odwołującego za wiarygodne.

Tym samym oferta Konsorcjum MEL-BUD, jako niezgodna z warunkami zamówienia, winna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu
od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:……