**Sygn. akt: KIO 2323/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 26 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 34,00 zł (trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez wykonawcę CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw;
   2.2 zasądza od Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu na rzecz CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi kwotę 23 634 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi.

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 2323/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu(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”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa 5 hal dla Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zagospodarowaniem terenu” (numer sprawy: NV/V/P_Z/20/2023/5276/1559). Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2023 r. pod nr 00795440-2023

Dnia 1 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca CoBouw Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na bezzasadnym i bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, i w konsekwencji bezzasadnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia jako postępowania, w którym nie złożono oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty wykonawcy, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (informacja o odrzuceniu oferty z dnia 19 czerwca 2024 roku);

2. art. 255 ust. 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania jako postępowania, w którym wszystkie oferty podlegały odrzuceniu

związku powyższym Odwołujący zarzucił również naruszenie:

3. art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz dalsze procedowanie zgodnie z uzyskaniem przez ofertę Odwołującego najwyższej liczby punktów wg kryteriów oceny ofert wyłonienia oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jaką jest oferta Odwołującego,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania;
3. zwrot kosztów postępowania odwoławczego;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania dnia 19 czerwca 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 1 lipca 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia 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 przedmiotowe postępowanie Zamawiający wszczął w dniu 27 grudnia 2023 r. Do wyznaczonego terminu oferty złożyło 10 Wykonawców – spośród których to oferta Odwołującego jego zdaniem zawiera najkorzystniejszą cenę i jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie polegających odrzuceniu. W dniu 19 czerwca 2024 roku Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania, wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego jak i pozostałych 9 ofert złożonych w postępowaniu. W uzasadnieniu prawnym czynności odrzucenia Zamawiający wymienił art. 226 ust 4 ustawy Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazując, iż Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 21 marca 2024 r wezwał go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, powołując się przy tym na różnicę 37% ceny pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia powiększoną o VAT.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że wartość oszacowana przez Zamawiającego jest wygórowana – (8) osiem spośród (10) dziesięciu ofert było poniżej wartości wskazanej przez Zamawiającego. Kwota, jaką Zamawiający opublikował jako kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, wynosi 28 500 000 zł brutto (dwadzieścia osiem milionów pięćset tysięcy złotych 00/100), podczas gdy wartość, do której Zamawiający porównywał ceny ofert, to 31 861 083,54 zł brutto (trzydzieści jeden milionów osiemset sześćdziesiąt jeden tysięcy osiemdziesiąt trzy złote 54/100). Zamawiający zdaniem Odwołującego zawyżył kwotę uwzględnianą przy ocenie zaistnienia różnicy 30%. Jeśli Zamawiający zapewnił środki w prawidłowej według Odwołującego wysokości tj. 28 500 000 zł brutto na realizację zamówienia opisanego SOPZ, to nie występuje różnica 30% i nie było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podał, że Zamawiający w piśmie z dnia 21 marca 2024 r. wskazał szereg informacji, których złożenia oczekuje od Odwołującego, w tym obligatoryjnego złożenia kosztorysu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, złożył jak zauważył wyczerpujące, szczegółowe wyjaśnienia (wraz z dowodami w postaci ofert od podwykonawców) wskazujące ponad wszelką wątpliwość, że możliwe jest wykonanie zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie. Zamawiający w dniu 15 maja 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, tj. złożenia dodatkowych informacji na temat pozycji wskazanych w kosztorysie przedłożonym wraz z wyjaśnieniami na pierwsze wezwanie. Zamawiający w wezwaniu wymienił pozycje kosztorysu, które zdaniem Zamawiającego wskazują inne ilości niż w przedmiarze oraz pozycje oznaczone wartością „0". Odwołujący w wyznaczonym terminie w piśmie z dnia 21 maja 2024 r. wskazał szczegółowe wyjaśnienia, w których pozostałych pozycjach, zostały ujęte rzeczone elementy. Odwołujący podał, że odniósł się szczegółowo do każdej pozycji kosztorysu, do których wyjaśnienia wezwał Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2024 r. Wyjaśnienia Odwołujący poparł kalkulacją, w której rozdzielił żądane pozycje na elementy, o które dodatkowo dopytywał Zamawiający, by dodatkowo wzmocnić argumentację i ułatwić Zamawiającemu ocenę tych elementów. Odwołujący podkreślił, iż nie jest to zmiana cen za realizację zamówienia wskazanych w pierwotnej kalkulacji, a jedynie – rozbicie ich na elementy, o które dopytywał Zamawiający. Odwołujący wskazał, że z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia, Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, wskazał w

sposób jednoznaczny, że przedmiar nie jest podstawą wyceny. Tym samym Odwołujący nie miał obowiązku sporządzenia kosztorysu (przedkładanego dopiero na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), przenosząc wprost całość przedmiaru, a co więcej – byłoby to w ocenie Odwołującego sprzeczne z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego przed terminem składania ofert. Odwołujący wskazał, że ani w SWZ ani w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 21 marca 2024 r, w którym Zamawiający wzywa do złożenia kosztorysu, Zamawiający nie wymagał złożenia kalkulacji ściśle wg przedmiaru, ani nie zabraniał scalania danych elementów. Odwołujący zauważył również, że elementy wyceny o które Zamawiający dopytywał – błędnie ocenione jako brakujące w wycenie (a które Odwołujący uwzględnił w innych pozycjach zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami), stanowią niewiele ponad 2% ceny oferty, co w sposób jednoznaczny wskazuje, że nie mogłyby jako takie stanowić podstawy uznania ceny za rażąco niską. Takie różnice bez trudu można zniwelować oszczędnościami uzyskanymi na etapie realizacji zamówienia, jak i pokryć z oszacowanego zysku.

Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego została niesłusznie odrzucona z postępowania, i w konsekwencji postępowanie zostało unieważnione z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, przedstawia najniższą cenę za realizację zamówienia oraz otrzymałaby najwyższą liczbę punktów wg kryteriów oceny ofert. W konsekwencji w przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia oferty Odwołującego wskazał on, że może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia, bowiem to jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowości Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W dniu 10 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o wnosił o:

1) oddalenie Odwołania w całości, gdyż badając zarzuty merytorycznie, stwierdzić należy, że nie mają one odzwierciedlenia w stanie faktyczno-prawnym, a tym samym nie zasługują na uwzględnienie,
2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, tj. kosztu pełnomocnika oraz innych uzasadnionych kosztów postępowania, według spisu kosztów wykazanych przez Zamawiającego.

W dniu 22 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe złożone przez Zamawiającego („Odpowiedź na odwołanie wraz z wnioskiem dowodowym").

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 ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

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 przez Izbę zarzutów odwołania oferta Odwołującego będzie jedyną ofertą podlegającą ocenie przez Zamawiającego, w związku z czym będzie miał on szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ani po stronie Odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 10 lipca 2024 r. wraz z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Zamawiającego dnia 22 lipca 2024 r. wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa 5 hal dla Zakładu Zagospodarowania Odpadów wraz z zagospodarowaniem terenu". Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 10 wykonawców.

Odwołujący zaoferował za wykonanie zamówienia cenę 20 049 000,00 zł brutto. Z informacji o złożonych ofertach z dnia 29 lutego 2024 r. wynika, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 28 500 000,00 zł brutto.

W dniu 21 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia do dnia 29 marca 2024 r. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. Zamawiający skierował wezwanie w oparciu o następujący stan faktyczny:

a)cena oferty Odwołującego wynosi: 20 049 000,00 zł brutto,
b)średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 26 531 274,61 zł brutto,
c)ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT wynosi 31 861 083,54 zł brutto
Zamawiający poinformował Odwołującego, że ustalił, że cena oferty Wykonawcy jest niższa:
- od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT o 37,07 %.
W treści wezwania Zamawiający zacytował wymagania wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dodatkowo wskazał, że Odwołujący powinien przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał przedłożenia w szczególności kosztorysu ofertowego ukazującego koszty robocizny, materiałów i sprzętu, i stosownych narzutów.
Odwołujący w dniu 29 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia załączając do nich:
Załącznik nr 1 – Kalkulacje robót budowlanych i instalacyjnych
Załącznik nr 2 - Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w pierwszej i drugiej połowie 2024 roku przygotowane przez Krajowy Związku Zawodowego „BUDOWLANI"
Załącznik nr 3 – Oferty dostawców i podwykonawców
Załącznik nr 4 – Zestawienie sprzętu należącego do CoBouw Polska
Załącznik nr 5 – Zestawienie pracowników budowlanych zatrudnionych w CoBouw Polska.
W dniu 15 maja 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny. Zamawiający wskazał na 12 pozycji kosztorysu ofertowego budzące jego wątpliwości.
W dniu 21 maja 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia załączając do nich:
Załącznik nr 1 – Kosztorys ofertowy hali A
Załącznik nr 2 – Oferta Keller Polska
Załącznik nr 3 – Zestawie stali zbrojeniowej hali B
Załącznik nr 4 – Kosztorys ofertowy hali B
Załącznik nr 5 – Zestawie stali zbrojeniowej hali C
Załącznik nr 6 – Zestawie stali zbrojeniowej hali D
Załącznik nr 7 – Kosztorys ofertowy hali D
Załącznik nr 8 – Oferta firmy STALTECH - KONSTRUKCJE Sp. z o.o.
W dniu 19 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że oferty ośmiu z nich zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Oferty dwóch wykonawców, w tym Odwołującego, zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 6 ustawy Pzp. W efekcie dokonania odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu Zmawiający tym samym zawiadomieniem z dnia 19 czerwca 2024 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania. Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.
Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty wykonawcy, który nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oraz poprzez unieważnienie postępowania jako postępowania, w którym wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, w związku z czym czy prowadził postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp:
„2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1."
Odwołujący zarówno w złożonym odwołaniu, jak i podczas rozprawy podnosił, że Zamawiający kierując do niego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wziął pod uwagę niewłaściwą kwotę. Wskazał on, że gdyby Zamawiający wziął pod uwagę wartość szacunkową zamówienia wówczas nie wystąpiłaby 30% różnica wskazana w powołanym powyżej przepisie ustawy Pzp. Izba wskazuje, że twierdzenia dotyczące kwot wartości szacunkowej zamówienia oraz wartości zamówienia rozumianej przez Zamawiającego jako kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia wynikającej z kosztorysów inwestorskich należy uznać jako spóźnione. Odwołujący powinien

formułować ewentualne zarzuty w tym zakresie po otrzymaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień z dnia 21 marca 2024 r. Co więcej Izba wskazuje, że Zamawiający kierując wezwanie jako jego podstawę wskazał również art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu bezzasadnego odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, że to Zamawiający dokonuje oceny, czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są wystarczające, czy nie. Jest to jednak kwestia ocenna i tej oceny dokonuje Zamawiający. Natomiast zadaniem Izby jest dokonanie oceny, czy Zamawiający weryfikując wyjaśnienia nie naruszył przepisów ustawy Pzp, w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy Pzp (podany omyłkowo przez Odwołującego art. 7 ustawy Pzp z 2004 r.) tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby działanie Zamawiającego przy dokonywaniu oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w powiązaniu z treścią złożonej przez niego oferty należy uznać za nieprawidłowe. Kalkulacje przedstawione przez Odwołującego są szczegółowe, na każde z pytań zawartych zarówno w wezwaniu nr 1, jak i w wezwaniu nr 2 Odwołujący udzielił rzeczowej odpowiedzi lub wyjaśnił niejasne kwestie poprzez odesłanie do poszczególnych pozycji kosztorysów. Z całą pewnością złożone wyjaśnienia zostały przygotowane w odniesieniu do tego konkretnego postępowania, nie są bowiem ogólne. Zamawiający zgodnie z dokumentacją postępowania nie wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu. Takie żądanie pojawiło się dopiero w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

Odwołujący w terminie wskazanym przez Zamawiającego udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania postawione przez Zamawiającego. Wykonawca udzielając odpowiedzi odnosił się do każdego z punktów, wskazując, jakie elementy jego zdaniem wpływają na wysokość zaproponowanej przez niego ceny realizacji zamówienia. Wskazał m.in. na zatrudnianie zarówno kadry projektantów i kierowników robót, jak również znacznej ilości pracowników budowlanych z wieloletnim doświadczeniem. Podał on także, że posiada własne urządzenia, jak i samochody (na dowód czego załączył zestawienie sprzętu). Wskazał on również na dokonanie własnej bardzo szczegółowej wyceny, która pozwoliła mu na wyeliminowanie w złożonych kalkulacjach robót budowlanych „na zapas". Wyjaśnił również na podstawie własnego wieloletniego doświadczenia oraz wypracowanych umów z kontrahentami, że jest on w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, ponieważ jest w stanie uzyskać korzystniejsze warunki handlowe (na dowód czego załączył oferty dostawców i podwykonawców). W wyjaśnieniach Odwołujący wskazywał o jaki procent niższe ponosiłby koszty robót budowlanych. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdzał, że zaoferowana przez niego cena umożliwia wykonanie zamówienia z należytą starannością oraz osiągnięcie zysku. W ocenie Izby wyjaśnienia i kalkulacje złożone przez Odwołującego pozwalają na przyjęcie, że nie dokonał on obniżenia ceny, a dokonał jedynie jej rzetelnej kalkulacji w oparciu o wieloletnie doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień. Twierdzenia swoje poparł on dowodami w postaci kosztorysów, wyliczeń, ofert i zestawień. W ocenie Izby wyjaśnienia te wraz z załączonymi do nich dowodami są spójne. Odwołujący wykazał w nich, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Punktem odniesienia do tego, aby można było cenę uznać za rażąco niską jest przedmiot zamówienia. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wykonaniem robót, których cenę wykonawca w sposób dostateczny uzasadnił, a która to cena jest ceną ryczałtową. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że dokonanie przez Odwołującego zmian w przygotowanych kosztorysach należy uznać za nieudzielenie prawidłowych i kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie narzucił wykonawcy sposobu przygotowania kosztorysu. Co prawda Odwołujący powołał się składając wyjaśnienia z dnia 29 marca 2024 r. na Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii, jednak nawet gdyby przyjąć słuszność stanowiska Zamawiającego, że twierdzenia Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2024 r. są niezgodne z tym rozporządzeniem nie oznacza to, że nie podołał on wykazaniu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia, również z pominięciem spornych pozycji kosztorysów, pozwalały na uznanie, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym z dowodu załączonego przez Zamawiającego do pisma procesowego z dnia 22 lipca 2024 r. tj. opinii sporządzonej przez pana Krzysztofa Piotra Farona Zamawiający miał wątpliwości co do 12 pozycji kosztorysowych. Ich łączna wartość została oceniona na kwotę około 211 581,19 zł netto. Zysk wskazywany przez Odwołującego w złożonych przez niego kalkulacjach to około 440 000 zł netto. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. Zs 2/22 zgodnie z którym „ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych". W przedmiotowej sprawie zdaniem Izby Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że jest w stanie wykonać

zamówienie za zaoferowaną cenę oraz osiągnąć zysk. Roboty kwestionowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty stanowią około 2% kwoty oferowanej przez Odwołującego. Kwota ta jest znacznie niższa, niż uwzględniony przez niego zysk. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wskazywał w wyjaśnieniach na zysk oraz że nie wie on jaką wysokość zysku Odwołujący założył. W przedłożonych kosztorysach został zawarty zarówno sposób jego obliczenia, jak i w tabelach elementów scalonych podano konkretne kwoty.

Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca nie jest zobowiązany do rozbicia ceny na czynniki pierwsze. Powinien on jedynie wskazać na elementy istotnie wpływające na zaoferowaną przez niego cenę, co Odwołujący uczynił. Odwołujący oświadczył, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagania opisane w dokumentach zamówienia, uwzględnia wszystkie związane z tym koszty, jak również osiągnięcie zysku. Izba nie podziela w związku z tym stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie uwzględnił wszystkich robót wymaganych zgodnie z dokumentacją postępowania. Zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wzywał bowiem Odwołującego do wskazania wszystkich kosztów składających się na zaoferowaną cenę. Mógł on w związku z tym scalić część elementów, zwłaszcza gdy jak wskazywał w drugich wyjaśnieniach Odwołujący koszty są ze sobą bezpośrednio związane i stanowią nieznaczną wartość np. w stosunku do wartości urządzenia.

Odnosząc się do opinii przedłożonej przez Zamawiającego Izba wskazuje, że jej przedmiot został określony jako weryfikacja oferty Odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny, podczas gdy stanowiła ona jedynie autorskie porównanie kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji zawartych w kosztorysach. Nie odniesiono się w niej do realności pozostałych kwot zawartych w kosztorysach, a jedynie dokonano podsumowania wartości spornych robót.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2024 r. (KIO 146/24), w którym wskazano, że:

„Instytucja zamawiająca, która zidentyfikuje nieścisłości w wyjaśnieniach, powinna w pierwszej kolejności ocenić, czy wpływają one na ogólny ich odbiór, tj. czy powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w dostatecznym stopniu. Jeśli faktycznie charakter błędów jest na tyle istotny, że poddaje w wątpliwość całość złożonych wyjaśnień, sankcja odrzucenia oferty jest uzasadniona. Nie powinny jednak prowadzić do odrzucenia oferty błędy mało istotne czy też pomyłki kalkulacyjne o marginalnym znaczeniu. Tego typu podejście jest przejawem nadmiernego formalizmu i nie ma nic wspólnego z celem, dla jakiego przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 zostały wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych". Zdaniem Izby w niniejszej sprawie Zamawiający zidentyfikował nieścisłości w wyjaśnieniach, natomiast nie odniósł ich do złożonych wyjaśnień jako całości. Ograniczył się do wskazania sumy spornych pozycji i z tego wywiódł wniosek, że zrealizowanie zamówienia przez Odwołującego za zaoferowaną cenę nie będzie możliwe.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp dokonując odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania w związku z tym, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) i d) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: ……..