

WYROK

Warszawa, dnia 5 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDROTERM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świętem, INWESTYCJE LINIOWE "INVEST-LINE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żurawicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pierzchnica przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego EKOKANWOD CZYSZCZOŃ I PÓŁTORAK SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Nowym Korczynie

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDROTERM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świętem, INWESTYCJE LINIOWE "INVEST-LINE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żurawicy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 1 319 zł 40 gr (słownie: jeden tysięcy trzysta dziewiętnaście złotych czterdzieści groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie/rozprawę.
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDROTERM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świętem, INWESTYCJE LINIOWE "INVEST-LINE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żurawicy na rzecz zamawiającego Gminę Pierzchnica kwotę 1 319 zł 40 gr (słownie: jeden tysięcy trzysta dziewiętnaście złotych czterdzieści groszy) tytułem dojazdu Zamawiającego na posiedzenie/rozprawę.

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 1705/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Pierzchnica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa, rozbudowa i modernizacja infrastruktury wodno-kanalizacyjnej na terenie gminy Pierzchnica”, nr referencyjny: RI.271.1.2024.MP1.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 kwietnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00272700.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia- HYDROTERM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Świętem, INWESTYCJE LINIOWE "INVEST-LINE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żurawicy (dalej: „odwołujący”) w dniu 15 maja 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego
- 2) wyborze oferty EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak sp. k. (ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn), jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechaniu wezwania EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak sp. k. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 PZP co do rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechaniu czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 16 pkt 1) PZP — poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób sprzeczny z zasadami

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wybranie oferty EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k., jako oferty najkorzystniejszej, która nie narusza przepisów o rażąco niskiej cenie i jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy oferta wybrana jako najkorzystniejsza przewiduje cenę ofertową w wysokości — 4.182.000,00 zł brutto, a oferta Odwołującego przewiduje cenę ofertową w wysokości 5.484.966,33 zł brutto.

- b)art. 224 ust. 6 PZP — poprzez odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Odwołujący złożył wyjaśnienia w trybie art. 224 PZP i wyjaśnił wskazaną w ofercie cenę, powołując się między innymi na dowody w postaci ofert techniczno-cenowych, które uzasadniają twierdzenie, że wskazana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- c)art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP — poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia i jednocześnie zaniechanie odrzucenia oferty EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia, w sytuacji gdy oferta wybrana jako najkorzystniejsza zakłada realizację zamówienia za cenę niższą o 1.302.966,33 zł.
- d)art. 239 ust. 2 PZP — poprzez dokonanie wyboru EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Odwołującego przedstawia korzystniejszy stosunek jakości do ceny i kosztu.
- e)naruszenie art. 239 ust. 1 PZP - zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej mimo tego, że zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a nie zostać odrzucona.

Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k., jako najkorzystniejszej,
- 3.dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, a także wezwanie wykonawcy - EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 PZP rażąco niskiej ceny i odrzucenie oferty EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp. k., jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 4.wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Nadto, Odwołujący wniosk o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wniosk o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy wskazywana w ofercie złożonej przez Odwołującego cena 5.484.966,33 zł brutto jest ceną rynkową za wykonanie zamówienia objętego postępowaniem w niniejszej sprawie, a w konsekwencji powyższego czy mogła zostać uznana przez zamawiającego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący podkreślił, że kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 6.607.930,06 zł. Jak wynika ze złożonych ofert cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp.k., wynosi 4.182.000,00 zł brutto. Odwołujący w złożonej ofercie zaproponował kwotę 5.484.966,33 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty została wydana z naruszeniem przepisów prawa i jako taka narusza zasadę równego traktowania oferentów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający odrzucił jego ofertę albowiem uznał, że Odwołujący nie wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp.k. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego i dokonaniu wyboru oferty wykonawcy EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp.k., pomimo wykazania przez Odwołującego w wyjaśnieniach, że cena zaproponowana w ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1575/22.

Odwołujący zwrócił uwagę, że różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego (5.484.966,33 zł brutto), a ustaloną szacunkową wartością zamówienia (6.607.930,06 zł brutto), która jednocześnie stanowi kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, wynosi zaledwie 16,99 %. Cena oferty Odwołującego stanowi zatem 83,1 % szacunkowej wartości zamówienia.

Oferta Odwołującego nie różni się o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia ani też od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert. Zamawiający w piśmie z dnia 30.04.2024r. w celu wykluczenia oferty Odwołującego wskazał, że wartość zamówienia określonego na kwotę 6.607.930,06 zł należy powiększyć o podatek VAT w wysokości 23%, podczas gdy z informacji z otwarcia ofert z dnia 22.04.2024r. jasno wynika, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia przez Zamawiającego to 6.607.930,06 zł brutto i na taką kwotę od początku wskazywał Zamawiający. Takie działanie Zamawiającego stanowi jawny przejaw złamania zasady równouprawnienia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że „manipulacja” wartością zamówienia

miała na celu wykluczenie jego oferty jako rażąco niskiej i stworzenie uzasadnienia dla stwierdzenia, że oferta Odwołującego różni się o ponad 30% od wartości zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości różnica ta wynosi 16,99%.

Zdaniem Odwołującego, błędnie uznał w postępowaniu Zamawiający, że przedłożone do wyjaśnień Odwołującego z dnia 29.04.2024r. oferty nie zostały wystawione dla wykonawcy, skoro zostały one przygotowane na zlecenie jednego z członków Konsorcjum – Hydroterm sp. z o.o.

Jak wynika ze złożonych ofert cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie Odwołującego nie odbiega w sposób znaczący od wartości szacunkowej całości zamówienia i od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 185/09.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego uznał wskazaną przez Odwołującego kwotę za rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przedstawił w sposób jasny i klarowny uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego ani wyboru oferty EKOKANWOD. Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje m.in. tego, z jakich konkretnych względów wyjaśnienia Odwołującego dotyczące zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające i w jakim czyni to zakresie, a dodatkowo dlaczego konkretne wyjaśnienia i przedłożone przez Odwołującego dokumenty (w tym m.in. oferty) uznaje za niewystarczające.

Zdaniem Odwołującego, do wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, Zamawiający odnosi się w sposób wybiórczy i ogólnikowy, a nie kompleksowy i szczegółowy. Powyższe oznacza, że Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, nie dokonał nawet prawidłowego zastawienia stanu faktycznego z obowiązującymi przepisami. Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty powinno być jasne i klarowne i jako takie nie powinno prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, co do motywów kierujących Zamawiającym. Wykonawca, którego oferta jest odrzucana, nie może domyślać się przyczyn takiego rozstrzygnięcia. Na potwierdzenie powyższe, Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1429/15, KIO 1117/15 KIO KIO 908/14.

W ocenie Odwołującego, został on pozbawiony jakiegokolwiek możliwości weryfikacji decyzji dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty, a przewidującej znacznie niższą cenę ofertową. Odwołujący nie ma wiedzy czy w stosunku do EKOKANWOD skierowano wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny realizacji przedmiotu zamówienia, a jeśli tak, to czy i w jakim zakresie wyjaśnienia te zostały udzielone.

W złożonej pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut 1 dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający podniósł, że w treści informacji o wyborze oferty/wyniku postępowania wskazał podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne (cyt.). Zdaniem Zamawiającego, w uzasadnieniu szeroko opisano jakie powinny być wyjaśnienia, aby mogły uprawdopodobnić, że za cenę podaną w ofercie można należycie wykonać zamówienie.

W ocenie Zamawiającego, czytając wyjaśnienia Odwołującego nie można, jak wymaga tego Odwołujący w treści odwołania, wskazać z jakich konkretnie względów wyjaśnienia są niewystarczające. Trudno bowiem odnieść się merytorycznie do ogólnych, lakonicznych oświadczeń zawartych w wyjaśnieniu. Jak można polemizować, czy też wskazywać na nieścisłości i nieprawidłowości w sformułowaniach typu „Ceny pracy sprzętu i roboczo-godziny nie odbiegają od średnich cen rynkowych ofertowanych na przetargach w I kwartale 2024r., a biorąc pod uwagę mały stopień trudności przedmiotowego zadania, naszym zdaniem ceny te są wystarczające do niezakłóconej realizacji zamówienia.”(...) „Jednocześnie informujemy, iż działamy na lokalnym rynku (woj. małopolskie, świętokrzyskie, lubelskie) od kilku lat i znamy zarówno warunki gruntowo-wodne, jaki specyfikę prowadzenia prac.” Do wyjaśnień Odwołujący jako dowody dołączył cztery oferty zawierające wycenę materiałów. Brak jest jakiegokolwiek kalkulacji robót przeznaczonych do wykonania, kalkulacji kosztów wynagrodzeń pracowników itp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniu sposobu wyliczenia ceny swojej oferty dużo miejsca Odwołujący poświęcił na udowodnienie, że zamawiający błędnie przyjął że cena jest o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, bo porównując ją do kwoty na sfinansowanie zamówienia różnica wynosi cyt. „0,16,99 %”. Odwołujący przyjął, że cena w jego ofercie nie jest rażąco niska, porównując ją do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie

zamówienia, a nie do szacunkowej wartości zamówienia. W treści odwołania w nieuprawniony sposób utożsamia szacunkową wartość zamówienia z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

Z porównania ceny podanej w ofercie Odwołującego do szacunkowej wartości zamówienia wynika, że jest ona niższa o 32,52% od szacunkowej wartości zamówienia, a nie jak wskazano w odwołaniu 16,99%.

Dalej Zamawiający podniósł, że w treści odwołania Odwołujący często porównuje cenę w swojej ofercie do ceny w ofercie wykonawcy wybranej do wykonania zamówienia, co jego zdaniem potwierdza, że cena w jego ofercie została skalkulowana prawidłowo. Nie uzasadnia jednak, ani w żaden sposób nie uwiarygadnia takiego stwierdzenia. Nie podaje jakie dane, czy elementy składające się na kalkulację ceny w ofercie wybranego wykonawcy i w jego ofercie pozwalają na wysnucie takiego wniosku. Nie uwzględnia tego, że wykonawcy, w zależności od swojej indywidualnej sytuacji i potencjału, mają zróżnicowane możliwości optymalizacji kosztów i niektórym wykonawcom, z powodów ich dotyczących, łatwiej jest skalkulować cenę w ofercie na niższym poziomie.

Zarzuty 2 i 3 dotyczące wyboru oferty EKOKOAWOD i zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art.224 PZP co do rażąco niskiej ceny

Odwołujący twierdzi, że zamawiający nie skierował do EKOKAWOD wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Trudno wskazać na jakiej podstawie Odwołujący wysnuł taki wniosek i sformułował zarzut. Zamawiający oświadcza, że Odwołujący nie skorzystał z art. 74 PZP i nie zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów postępowania, w tym korespondencji prowadzonej z wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że wykonawca EKOKANWOD został wezwany w dniu 23.04.2024r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny podanej w ofercie. EKOKANWOD złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w wymaganym terminie. Wyjaśnienia były obszernie i szczegółowe, potwierdzały, że cena w ofercie tego wykonawcy pozwala na wykonanie zamówienia w sposób opisany w dokumentach zamówienia, czego Odwołujący nie kwestionuje.

Odwołujący stwierdza jedynie, że skoro zamawiający uznał cenę w jego ofercie za rażąco niską, to cena w ofercie wybranego wykonawcy też powinna być za taką uznana. Nie wykazuje jednak na podstawie jakich danych zamawiający winien podjąć taką decyzję.

Zarzut nr 4 – zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego.

Zgodnie z art.224 ust.5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Oznacza to, że to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta podlega odrzuceniu. Wykonawca wykazując że cena w jego ofercie nie jest rażąco niska winien dołożyć staranności w składaniu wyjaśnień. Jeżeli nie dołoży staranności w składaniu wyjaśnień ryzykuje odrzuceniem oferty. Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Wykonawca EKOKANWOD CZYSZCZOŃ I PÓŁTORAK SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w No Korczynie (dalej jako: „Uczestnik postępowania”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę EKOKANWOD CZYSZCZOŃ PÓŁTORAK SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Nowym Korczynie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego - zarzuty odwołania dotyczą oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej, a zatem sprowadzają się do ich analizy. Co za tym idzie Izba rozstrzyga zarzuty, które dotyczą zagadnień prawnych, a nie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych. Zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy Izba uznała jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o zobowiązanie Odwołującego do złożenia kalkulacji ceny, Izba uznała wniosek jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia. Przede

wszystkim Odwołujący taką kalkulacją na rozprawie nie dysponował. Po drugie, wskazany dowód związany jest ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa, rozbudowa i modernizacja infrastruktury wodno-kanalizacyjnej na terenie gminy Pierzchnica.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 22 kwietnia 2022 r. w postępowaniu zostały złożone sześć ofert:

- 1.EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp.k. ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn z ceną brutto 4.182.000,00 zł
- 2.Konsorcjum: Lider - HYDROTERM Sp. z o.o. Michałówka 67; 37-550 Radymno; Partner- INWESTYCJE LINIOWE INVEST-LINE Sp. z o.o. ul. Pruchnicka 36; 37-710 Żurawica z ceną brutto 5.484.966,33 zł
- 3.F.U.H.P. „TRAK-KOP” M.C., Kostomłoty Pierwsze, Ul. Podmiejska 105, 26-085 Miedziana Góra z ceną brutto 7.751.136,45 zł
- 4.WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych, C.S., Suchowola 74a 28-130 Stopnica z ceną brutto 6.678.900,00 zł
- 5.INSTAL-GROCH R.G., ul. Szkolna 3, 28-131 Solec-Zdrój z ceną brutto 5.812.660,00 zł
- 6.Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno- Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K., Ul. Jabłoniowa 15, 28- 100 Busko- Zdrój z ceną brutto 5.215.553,00 zł.

Szacowana wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego, zgodnie z pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r., wynosi 6 607 930,06 zł netto – 8 127 753, 97 zł brutto.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający wezwał w dniu 23 kwietnia 2024r. trzech wykonawców, tj. EKOKANWOD Czystości i Półtorak sp.k., Konsorcjum: Lider - HYDROTERM Sp. z o.o.; Partner- INWESTYCJE LINIOWE INVEST-LINE Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno- Budowlanych „HYDROCOMPLEX” M.K. do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny, ze względu na fakt, że cena w ich ofercie była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Ww. wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 29 kwietnia 2024 r. Odwołujący wskazał:

*„Firma HYDROTERM Sp. z o.o. reprezentująca KONSORCJUM firm Lider konsorcjum: HYDROTERM Sp. z o.o. Partner konsorcjum: Inwestycje Liniiowe „INVEST-LINE Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pismo sygn. RI.271.1.2024.MP1 z dnia 23.04.2024r., podnoszące wątpliwości, co do zaoferowanej ceny wyjaśniamy, iż zawarte w nim treści oraz obliczenia procentowej różnicy kwoty w postępowaniu przetargowym a kwoty w naszej ofercie w stosunku do ceny wskazanej przez Zamawiającego są rozbieżne. Kwota przeznaczona na zrealizowanie przedmiotu zamówienia to **6 607 930,06 zł brutto** ta sama kwota brutto wskazana została w informacji z otwarcia ofert a nie jak wskazuje w Zamawiający w piśmie sygn. RI.271.1.2024.MP1 z dnia 23.04.2024r, że jest to kwota 8 127 753, 97 zł, wobec czego procentowa różnica pomiędzy kwotą oferowaną przez HYDROTERM Sp. z o.o. oraz Invest - Line Sp. z o.o. a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia wynosi **0,16,99** %. Wobec czego nie ma tu zastosowania art.224 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, nasza cena nie jest rażąco niska.*

Natomiast wychodząc naprzeciw w celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego, co do przedstawionej przez nas oferty zapewniamy, że wskazana kwota wynika ze szczegółowej i wnikliwej kalkulacji kosztów wykonania przedmiotowego zadania oraz stanowi realną wycenę zawierającą wszystkie koszty, jakie należy ponieść w celu poprawnego wykonania opisanego przedmiotu zamówienia. Na poparcie powyższego, poniżej przedstawiamy wyjaśnienia i dowody, na poprawność naszej oferty.

Cena ofertowa została sporządzona w oparciu o średnie ceny czynników produkcji RMS. Ceny pracy sprzętu i roboczogodziny nie odbiegają od średnich cen rynkowych ofertowanych na przetargach w I kwartale 2024r., a biorąc pod uwagę mały stopień trudności przedmiotowego zadania, naszym zdaniem ceny te są wystarczające do niezakłóconej realizacji zamówienia.

Jednocześnie informujemy, iż działamy na lokalnym rynku (woj. małopolskie, świętokrzyskie, lubelskie) od kilku lat i znamy zarówno warunki gruntowo-wodne, jak i specyfikę prowadzenia prac.

Nadmieniamy, iż materiały do wykonania zamówienia zamierzamy zakupić od sprawdzonych, stałych dostawców, z którymi współpracujemy od wielu lat. Firmy te, są nastawione na niski zysk w celu utrzymania kontrahenta. Dla potwierdzenia tego faktu, w załączeniu przedkładamy oferty materiałowe (dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) na potrzeby wyceny niniejszego zadania.

Informujemy również, iż posiadamy własny sprzęt potrzebny do wykonania przedmiotowego zadania, taki jak: koparki kołowe i gąsienicowe (o tonażu 1,5t-25t), koparko-ładowarki, wozidła, samochody wywrotki i dostawcze, szalunki do umocnienia wykopów, młoty do kruszenia skały, zestawy igłofiltrowe do odwodnienia wykopów, pompy głębinowe oraz

szlamowe do odwadniania wykopów, agregaty prądotwórcze i inny drobny sprzęt, a także sprzęt do wykonywania przewiertów tj. wiertnice do przewiertów horyzontalnych.

Posiadamy również sprawdzoną kadrę kierowniczą i inżynierską oraz obsługę geodezyjną inwestycji, jak również doświadczonych operatorów sprzętów i pracowników fizycznych, wykonujących dla nas pracę związaną z wykonywaniem sieci i instalacji sanitarnych od kilku-, kilkunastu lat. Nadmieniamy, iż sporządzona kalkulacja ceny oferty jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy z uwzględnieniem przewidzianego minimalnego wzrostu kwot wynagrodzenia pracowników. Przyjęte do wyceny stawki roboczogodziny są wyższe od minimalnej stawki oraz uwzględniają zapisy ustawy art. 2 ust. 3-5 z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i zapewniają wypłatę wynagrodzenia zatrudnionym pracownikom zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz są zgodne z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Od kilku lat współpracujemy również z lokalnymi firmami i dostawcami, począwszy od drobnych robót instalacyjno-elektrycznych, poprzez drobne roboty odtworzeniowe nawierzchni chodników i ogrodzeń, a kończąc na współpracy z firmami drogowymi w zakresie odtworzenia dróg o nawierzchni asfaltowej.

Jednocześnie, w celu zminimalizowania ewentualnego wzrostu cen materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, informujemy, iż zamierzamy wykonać zadanie w możliwie najszybszym terminie oraz niezwłocznie po wyborze naszej oferty i podpisaniu umowy zakupić większość materiałów celem uniknięcia zwiększenia cen."

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę EKOKANWOD CZYSZCZOŃ I PÓŁTOR, SPÓŁKA KOMANDYTOWA oraz o odrzuceniu oferty m.in. Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia ofert Odwołującego, Zamawiający wskazał:

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Co za tym idzie, Izba pominęła twierdzenia Odwołującego kwestionujące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Uczestnika postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, 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. 2 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że 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 przesłanki odrzucenia oferty 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Przyjmuje się w orzecznictwie, i z tym należy się zgodzić, że wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający (a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza) był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu 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 zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Warto również zwrócić uwagę, że art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie obejmuje możliwości odstąpienia od czynności odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy co prawda wyjaśnienia są ogólne i nie zostały poparte dowodami, ale podejrzenia dotyczące rażąco niskiej ceny nie były uzasadnione.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w sposób szczegółowy, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, uzasadnił czynność odrzucenia oferty. Odwołujący pomija najistotniejszą rzecz w niniejszej sprawie, otóż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, polega oferta wykonawcy który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. I to właśnie była podstawa odrzucenia oferty Odwołującego. Z całą stanowczością stwierdzić należy, że wyjaśnienia Odwołującego nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, bowiem nie zawierały nawet podstawowej kalkulacji.

Sam fakt, że w przedmiotowej sprawie doszło do nietuzinkowej sytuacji - albowiem oferta Odwołującego, opiewająca na cenę wyższą została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, a oferta Uczestnika postępowania została wybrana mimo, że jest niższa o ponad milion złotych - nie mogło odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

Izba musiała dokonać oceny wyjaśnień Odwołującego. Jak już wcześniej wskazano, Izba nie mogła dokonać oceny wyjaśnień Uczestnika postępowania, bowiem twierdzenia w tym zakresie były spóźnione.

Odwołujący argumentował konieczność odrzucenia oferty Uczestnika postępowania tym, że zaoferowana przez niego cena jest niższa od ceny Odwołującego, taki argument Izba uznała za niewystarczający.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, miał on możliwość uzyskania dokumentów postępowania, w tym m.in. wyjaśnień Uczestnika postępowania. A nawet gdyby Zamawiający nie udostępnił owych dokumentów, to wtedy Odwołujący mógłby postawić odpowiedni zarzut w tym zakresie.

Przechodząc do oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba w całości popiera argumentację Zamawiającego i z tego też względu uznała bezzasadność zarzutów odwołania.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne, wyjaśnienia nie wnoszą niczego do sprawy. Powyższą ocenę potwierdził niejako sam Odwołujący na rozprawie. Odwołujący powołuje się na ogólne stwierdzenia, że prawidłowo oszacował koszty, ale na rozprawie sam nie był w stanie wskazać, jakie są koszty wykonania zamówienia, co wchodzi w ich skład, jaki jest zysk, ilu ma pracowników, jaki jest koszt wynagrodzeń. Mało tego, Odwołujący referuje do wyjaśnień Uczestnik postępowania, m.in. że nie wskazał on jaki jest koszt sprzętu, który posiada i de facto generuje koszty, w sytuacji, gdy Odwołujący takich kosztów również w wyjaśnieniach nie wskazał. Dalej, kwestionuje wysokość marży Uczestnika, z kolei w swoich wyjaśnieniach nawet jej nie wskazuje.

Odwołujący twierdził, że posiada kalkulację ceny, ale nie wiedział że należą ją dołączyć do wyjaśnień. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywała na Odwołującym. Jeżeli wyjaśnienia nie zawierają ani jednej kwoty - nie wskazują jakie Odwołujący poniesie koszty - to w jaki sposób można dokonać oceny, czy dane zamówienie nie zostanie wykonane poniżej jego rzeczywistych kosztów – tego już Odwołujący nie wyjaśnił.

Odnosząc się do wartości szacunkowej zamówienia, twierdzenia Odwołującego nie zasługują na aprobatę. Wartość szacunkowa zamówienia jest czym innym niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Najczęściej kwota podawana przed otwarciem ofert odpowiada szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jednak kwota ta może odbiegać od tej wartości. Oznacza to, że może być ona wyższa lub niższa od wartości zamówienia, gdyż odpowiada ona faktycznym możliwościom zamawiającego co do sfinansowania zamówienia.

Odwołujący poświęcił dużo czasu na przedstawienie argumentacji dotyczącej wartości szacunkowej i bezzasadności wezwania do udzielenia wyjaśnień. Argumentacja w tym zakresie mogłaby zostać oceniona wyłącznie gdyby Odwołujący zaskarżył, w odpowiednim terminie, tj. w terminie 5 dni od otrzymania wezwania, czynność wezwania do złożenia wyjaśnień.

Na tym etapie postępowania, tj. po złożonych wyjaśnieniach, argumentacja ta ma irrelewantne znaczenie w sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: