

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę M.I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Biuro Projektów i Usług Budowlanych w Hajnówce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Hajnówka

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miejskiej Hajnówka unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego M.I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Biuro Projektów i Usług Budowlanych w Hajnówce, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 622 zł 38 gr (słownie: sześćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści osiem groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Hajnówka na rzecz odwołującego M.I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Biuro Projektów i Usług Budowlanych w Hajnówce kwotę 11 722 zł 38 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset dwadzieścia dwa złote trzydzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na 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 1235/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Hajnówka (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn. „Przebudowa i rozbudowa dróg gminnych w Gminie Miejskiej Hajnówka: Zadanie Nr 2 – Nadzór inwestorski nad przebudową i rozbudową dróg gminnych w Gminie Miejskiej Hajnówka” (nr ref. ZP.271.6.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00220917/01 w dniu 27 lutego 2024 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. wykonawca M.I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.J. Biuro Projektów i Usług Budowlanych w Hajnówce (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. w Białymstoku (dalej jako „Instytut Doradztwa Inwestycyjnego”) oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. W odwołaniu zarzucono naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Doradztwa Inwestycyjnego jako zawierającej rażąco niską cenę,
2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Instytutu Doradztwa Inwestycyjnego jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownego

badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty Przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W odwołaniu opisano na wstępie przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, przywołując projektowane postanowienia umowne w zakresie obowiązków wykonawcy, wskazując oferty, jakie zostały złożone, jak i złożone przez wykonawcę Instytut Doradztwa Inwestycyjnego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oraz przedstawiony przez tego wykonawcę wykaz osób.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jakie złożył Instytut Doradztwa Inwestycyjnego nie obaliły wynikającego z ustawy domniemania występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny z niżej wskazanych względów. Po pierwsze w odwołaniu wskazano na brak uwzględnienia obowiązków w przedłużonym okresie obowiązywania umowy. Odwołujący podniósł, iż w wyjaśnieniach wykonawca wyraźnie przyjął, że „umowa będzie trwała maksymalny czas 8 miesięcy”. Doświadczenie jednak wskazuje, że nie jest rzadkością nieterminowa realizacja inwestycji przez wykonawców robót budowlanych. Mając na uwadze, że za okres przedłużenia realizacji inwestycji wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie, właściwie skalkulowana cena oferty winna zakładać rezerwę na takie nieprzewidziane zdarzenie. W wyjaśnieniach takiej rezerwy, choćby w minimalnym zakresie nie przewidziano. Po drugie wskazano na brak uwzględnienia obowiązków w okresie rękojmi i gwarancji wykonawcy robót budowlanych. Wykonawca w swych wyliczeniach ceny oferty pominął zupełnie także obowiązki, jakie nakłada na niego umowa w okresie rękojmi i gwarancji. Zgodnie z załącznikiem do umowy w okresie tym oczekuje się od wykonawcy nie tylko uczestnictwa w przeglądach gwarancyjnych i pogwarancyjnych, lecz także nadzorowania jakości i prawidłowości usuwania wszystkich zgłoszonych w okresie gwarancji i rękojmi wad jak również sprawdzenia ich usunięcia. Mając na uwadze skalę inwestycji (9 ulic) oraz okres gwarancji (6 lat) mowa w tym zakresie o znacznym zakresie udzielonego wykonawcy zamówienia. Nieuwzględnienie w cenie oferty tych obowiązków skutkuje niewycenieniem przez wykonawcę w cenie oferty istotnej części swego zobowiązania.

Po trzecie Odwołujący wskazał na montaż cenowy oferty wskazujący na znaczne niedoszacowanie oferty. Wykonawca założył, że podwykonawstwo w branżach elektrycznej, sanitarnej oraz teletechnicznej będzie go kosztowało 32.940,00 zł (49,2% ceny całej oferty). Odwołujący zauważył, że wartość prac w tych branżach stanowi tylko 27,5% ogółu wartości wszystkich prac podlegających nadzorowi. W sytuacji zatem, gdy na nieco ponad 1/4 wartości robót podlegających nadzorowi wykonawca przeznaczają blisko połowę ceny z oferty, nie wskazując przy tym żadnych szczególnie korzystnych warunków świadczenia usług, przy uwzględnieniu także pozostałych nieprawidłowości przyjętych do kalkulacji, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie bronią się przed domniemaniem rażąco niskiej ceny. Dalej wskazano na wadliwe przyjęcie zaangażowania czasowego w nadzór nad inwestycją. Wykonawca założył, że należyte wykonanie kompleksowego nadzoru nad inwestycją polegającą na przebudowie 9 ulic jest możliwe w wymiarze 2 godzin tygodniowo. Z takim założeniem nie sposób się zgodzić. Nawet przy przyjęciu wskazanych w ofercie dodatkowych 10 wyjazdów, przekłada się to na łączny wymiar 84 godzin (42 wyjazdy po 2 godziny), który bez przedłużenia umowy którego nie sposób nie przewidywać oraz konieczności wykonywania obowiązków w okresie gwarancji i rękojmi, daje wymiar nieco ponad jednego dnia (10,5 godziny) miesięcznie. Przy skali inwestycji i oczekiwaniach inwestora nie jest możliwe sprawowanie należytego nadzoru na przebudową 9 ulic w takim wymiarze. Okoliczność ta wydaje się oczywista bez odwoływania się do kalkulacji uwzględniających przedłużenie inwestycji czy świadczenia usługi w okresie dodatkowych 6 lat okresu rękojmi i gwarancji.

Jako piąty argument wskazano na wadliwe oszacowanie ryzyka na kontrakcie. Odwołujący podniósł, iż zważywszy, że podstawowy okres realizacji inwestycji wynosi 8 miesięcy i może ulec przedłużeniu oraz konieczność pozostawiania w gotowości do świadczenia usługi w okresie dodatkowych 6 lat okresu gwarancji i rękojmi, przyjęta przez wykonawcę kwota 2.035,86 zł nie jest wystarczająca nawet na pokrycie takich kosztów jak praca biura czy amortyzacja sprzętu co prowadzi do wniosku, że na nieprzewidziane sytuacje wykonawca nie przewidział żadnej rezerwy. Oczywiście nie w każdym przypadku wykonawca ma obowiązek przewidywać tzw. budżet ryzyka, niemniej jednak zważywszy na okoliczności niniejszej sprawy - ryzyko przedłużenia inwestycji bez dodatkowego wynagrodzenia i brak przewidzianego zysku który można by wykorzystać na sfinansowanie takich sytuacji, w realiach niniejszego postępowania wyjaśnienia po raz kolejny nie bronią się przed domniemaniem rażąco niskiej ceny. Dalej Odwołujący wskazał na brak dowodów potwierdzających wysokość kosztów podwykonawstwa w zakresie branży teletechnicznej. Odwołujący podkreślił, iż obowiązkiem wykonawcy składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jest przedstawienie dowodów na poparcie swych wyjaśnień. Wykonawca został też do ich złożenia zobowiązany przez zamawiającego. Oczywiście w określonych sytuacjach niezłożenie dowodów nie przesądza o wadliwości wyjaśnień, o ile z samych oświadczeń wykonawcy w sposób niezbity wynika możliwość należytego wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W niniejszym postępowaniu wykonawca jednak oświadczył, że podwykonawstwo w branży teletechnicznej będzie go

kosztowało 11.000,00 zł nie przedstawiając w tym zakresie żadnego dowodu. Wartość ta nie została w żaden sposób wyjaśniona w samych wyjaśnieniach, ani też nie wskazano na żadne obiektywne trudności w uzyskaniu takiego dowodu. Przyjąć zatem należy, że wykonawca nie udowodnił tej istotnej składowej ceny oferty. Odwołujący zwrócił też uwagę na brak założonego zysku. W wyjaśnieniach wykonawca nie przewidział żadnego zysku z realizacji zadania. Oczywiście i tym razem okoliczność ta, rozpatrywana w oderwaniu od realiów sprawy, nie jest przesądzająca. Przyjąć jednak należy, że wykonawca nie może w tych okolicznościach powoływać się na ewentualny zysk, z którego sfinansowałby chociażby ryzyko wystąpienia nieprzewidywanych sytuacji. Ponadto Odwołujący wskazał na nieuwzględnienie wszystkich kosztów realizacji usługi. W swych wyjaśnieniach wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił czy i ewentualnie w jaki sposób uwzględnił w cenie oferty obciążenia publicznoprawne jakie ciężą na nim z racji prowadzenia działalności gospodarczej takie chociażby jak składki na ubezpieczenie społeczne. Brak wypracowanego zysku na kontrakcie nie zwalnia go bowiem z ponoszenia tego ciężaru.

W ocenie Odwołującego wskazane powyżej okoliczności skłaniają do wniosku, że przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 142/22, podnosząc, że wykonawca nie dołożył minimum staranności przy składaniu wyjaśnień ceny, choć Zamawiający w sposób jednoznaczny informował, jakie będą skutki zaniechań Wykonawcy w tym zakresie. W tej sytuacji nie może być więc mowy o wyjaśnieniu przez Wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż prostą konsekwencją uwzględnienia zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest przyjęcie, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy Instytut Doradztwa Inwestycyjnego naruszył przepis art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, bowiem najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, po odrzuceniu oferty wykonawcy, stanie się oferta Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. w Białymstoku z uwagi na niedochowanie wymogów formalnych zgłoszenia przystąpienia.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 12 kwietnia 2024 r., zaś w dniu 15 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. w Białymstoku do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego. Do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia nie dołączono dowodów przekazania kopii przystąpienia odpowiednio Odwołującemu i Zamawiającemu. Ww. wykonawca w dniu 16 kwietnia 2024 r. przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej dowód przesłania kopii przystąpienia do Odwołującego i Zamawiającego – wydruk wiadomości e-mail z dnia 16 kwietnia 2024 r. godz. 11:15. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego znajdowała się ww. wiadomość e-mail, z treści której wynikało, iż dopiero w tym dniu przekazano w sposób skuteczny kopię zgłoszenia przystąpienia. Również pełnomocnik Odwołującego podniósł na posiedzeniu, iż kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przesłana do niego w ustawowym terminie, lecz dzień później. Powyższe potwierdził podczas posiedzenia pan R.Ż. (zgłaszający przystąpienie).

Izba wskazuje, iż jak wynika wprost z art. 525 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp do zgłoszenia przystąpienia należy załączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, co oznacza, że przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia powinno nastąpić przed upływem ustawowego terminu na jego zgłoszenie. Wykonawca Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. nie dołączył do zgłoszenia przystąpienia dowodu przesłania jego kopii odpowiednio Zamawiającemu i Odwołującemu, a kopię tę przesłał dopiero dzień po upływie

trydziennego terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym uchybił wymogom formalnym zgłoszenia przystąpienia, co czyniło je bezskutecznym, a zatem ww. Wykonawca nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji powyższego Izba pominęła stanowisko merytoryczne zawarte w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia, gdyż uprawnienie do przedstawiania twierdzeń i dowodów w postępowaniu odwoławczym przysługuje wyłącznie stronom i uczestnikom postępowania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia na Zadanie nr 2, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty konkurenta wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, włączonej do akt sprawy, Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 5.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest realizacją zadania pn.: „Przebudowa i rozbudowa dróg gminnych w Gminie Miejskiej Hajnówka” oraz nadzór inwestorski nad tymi robotami. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa Zadania: a) Zadanie nr 1 - Przebudowa i rozbudowa dróg gminnych w Gminie Miejskiej Hajnówka (Przebudowa ul. Jodłowej, Rozbudowa ul. Poranek, Rozbudowa ul. Urodzajnej c.d., Przebudowa ul. Diamentowej, Przebudowa ul. Oceanicznej, Przebudowa ul. Woskowej, Przebudowa ul. Wiejskiej, Przebudowa ul. Magnoliowej, Przebudowa ul. Kryształowej; b) Zadanie nr 2 - Pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa dróg gminnych w Gminie Miejskiej Hajnówka”. W ramach umowy Inspektor Nadzoru będzie koordynował, nadzorował, kontrolował i rozliczał realizację zadań w zakresie wykonywanych robót budowlanych określonych w Zadaniu nr 1. Zgodnie z pkt 5.2 SWZ szczegółowy zakres rzeczowy robót objętych umową określony jest w dokumentacji projektowej będącej załącznikiem do SWZ, a szczegółowy zakres obowiązków inspektorów nadzoru określa projekt umowy. Zgodnie z § 2 ust. 3 projektu umowy na Zadanie nr 2 (załącznik nr 5 do SWZ) szczegółowy zakres kompletnego nadzoru inwestorskiego określono w Załączniku nr 1 do umowy.

Wartość szacunkowa Zadania nr 2 określona została na kwotę 126 486,76 zł netto. Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 160 000 zł brutto. W postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną 145 755 zł brutto oraz wykonawcy Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. z ceną 66 936,60 zł brutto.

Pismem z dnia 15 marca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Instytut Doradztwa Inwestycyjnego na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z tym, iż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT (wynoszącej 155 578,72 zł.) oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia, o których mowa powyżej, mogą dotyczyć w szczególności: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 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; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca w dniu 20 marca 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których podniósł, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach wskazano: „Cena została oszacowana na podstawie: założonej stawki godzinowej, kosztów dojazdu i innych kosztów koniecznych do poniesienia przy wykonaniu zadania. Poniżej wyliczenia: Przyjmując, że umowa będzie trwała maksymalny czas 8 miesięcy, założyłem 32 obowiązkowych wizyt na budowie. W moich założeniach 1 wizyta zajmie 2 godziny. Zakładam stawkę godzinową 350,00 zł/h brutto, co jest zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r, poz. 2207), które wynosi 27,70 zł/h. Założone wynagrodzenie jest kwotą brutto, która uwzględnia wszelkie składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne oraz

inne, zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Mamy: $350,00 \text{ zł/h} \times 2 \text{ h} \times 32 = 22400,00 \text{ zł}$. Na koszty dojazdu na budowę przyjąłem $32 \times 65 \text{ km} \times 2 \times 0,07 \text{ 1/km} \times 6,70 \text{ zł/l} = 1951,04 \text{ zł}$. Założyłem również 10 dodatkowych, nieprzewidzianych wyjazdów, na które przeznaczyłem kwotę 7 609,70 zł. Koszt nadzoru branży elektrycznej 5 940,00 zł (oferta w załączeniu). Koszt nadzoru branży sanitarnej 16 000,00 zł (oferta w załączeniu). Koszt nadzoru branży teletechniczna 11 000,00 zł. Przyjąłem również kwotę 2 035,86 zł na pracę biura, zabezpieczenie nieprzewidzianych sytuacji, amortyzację urządzeń/samochodu. Łączna suma składowych wynosi 66 936,60 zł, czyli pokrywa się z oferowaną ceną. Biorąc pod uwagę powyższe założenia, uważam, że cena została obliczona prawidłowo i w pełni pozwala na wykonanie zadania, dlatego też podtrzymuje swoją ofertę." Do wyjaśnień załączono dwie oferty na nadzór – branża elektryczna (5 940 zł) i sanitarna (16 000 zł).

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2, za którą uznał ofertę wykonawcy Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż.

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, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. 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. Wedle art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba ponadto wskazuje, iż postępowanie odwoławcze ma ściśle kontrydiktoryjny charakter, co oznacza, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawienia twierdzeń, a także dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Rolą stron, między którymi toczy się spór, jest zatem udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Inicjatywa stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zasadniczy wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, determinuje jego wynik. W ustawie Pzp przewidziano szczególną zasadę rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Dotyczy to zarówno postępowania o udzielenie zamówienia, jak i postępowania odwoławczego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 537 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Konsekwencją niedopełnienia ww. obowiązku dowodowego jest zazwyczaj niekorzystny dla strony (i odpowiednio uczestnika) wynik postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, iż zakresem zaskarżenia objęto zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. jako zawierającej rażąco niską cenę. W treści odwołania odniesiono się do wyjaśnień jakie ww. wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wyliczenia ceny, podważając realność przyjętej kalkulacji. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 537 pkt 2 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta wykonawcy Instytut Doradztwa Inwestycyjnego nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na Zamawiającym, ponieważ ww. wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny i nie był uczestnikiem postępowania. Zamawiający jednak, pomimo skierowanego do niego przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wezwania do odpowiedzi na odwołanie wraz z dowodami istotnymi dla rozstrzygnięcia odwołania, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie ani nie stawił się na rozprawie. Zamawiający ograniczył swoje stanowisko do wskazania w piśmie przewodnim dołączonym do przekazanej dokumentacji postępowania, iż podziela argumentację przedstawioną przez Instytut Doradztwa Inwestycyjnego, niemniej – wobec bezskuteczności przystąpienia zgłoszonego do postępowania przez ww. wykonawcę – argumentacja ww. wykonawcy została przez Izbę pominięta, gdyż uprawnienie do przedstawiania twierdzeń i dowodów w postępowaniu odwoławczym przysługuje wyłącznie stronom i uczestnikom postępowania. Odnosząc się zaś do twierdzenia Zamawiającego, iż „informacje zawarte w załącznikach nr 21 i 22 potwierdzają solidność Wykonawcy i nie stwarzają zagrożenia dla właściwego wykonania zamówienia” Izba wskazuje, iż dokumenty te dotyczą doświadczenia posiadanego przez ww.

Wykonawcę (ocenianego w ramach kwalifikacji podmiotowej pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu) i pozostają bez wpływu na ustalenie czy wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny wykazywały prawidłowość kalkulacji i rynkowy charakter ceny.

Mając powyższe na uwadze, a zwłaszcza fakt, iż w postępowaniu odwoławczym w zasadzie nie przedstawiono żadnych twierdzeń ani dowodów na odparcie zarzutów odwołania, Izba nie znalazła podstaw do tego, aby podważyć zasadność stanowiska Odwołującego, w tym argumentacji dotyczącej braku uwzględnienia w cenie oferty obowiązków nałożonych na wykonawcę w okresie rękojmi i gwarancji, braku uwzględnienia ryzyka związanego ze świadczeniem usług w przypadku przedłużenia okresu realizacji robót budowlanych, nieprawidłowego oszacowania zaangażowania czasowego w nadzór nad robotami budowlanymi, braku wskazania zakładanego zysku, niewskazania w wyjaśnieniach żadnych szczególnych warunków świadczenia usług umożliwiających zaoferowanie tak niskiej ceny, czy braku przedstawienia dowodów wykazujących wysokość przyjętych kosztów podwykonawstwa w branży teletechnicznej. Izba miała ponadto na względzie okoliczność, iż cena oferty wybranego wykonawcy (66 936,60 zł brutto) znacznie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (155.578,72 zł brutto), stanowiła jedynie ok. 43% tej wartości. Cena ta odbiegała także istotnie od ceny drugiej oferty, która była do wartości szacunkowej zbliżona (145 755 zł brutto). Tymczasem, jak słusznie spostrzegł Odwołujący, z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. nie wynikały żadne czynniki wskazujące na możliwość obniżenia ceny aż do takiego stopnia. Złożone wyjaśnienia nie były treściwe, nie prezentowały nawet poziomu zakładanego zysku, a kwota przyjęta na zabezpieczenie ewentualnych ryzyk kontraktowych była bardzo niska (2 035,86 zł, w czym ujęto też koszty pracy biura i amortyzację sprzętu). W oparciu o treść tych wyjaśnień nie sposób wywieść, iż zaoferowana przez wykonawcę Instytut Doradztwa Inwestycyjnego cena za realizację zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania tego zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ i obowiązkami wynikającymi z projektu umowy. Zgodnie zaś z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzuty odwołania za zasadne, wobec czego nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11 722 zł 38 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (622 zł 38 gr).

Przewodnicząca:.....