

WYROK

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Hydrotechnika sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Błękit (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mieścisko (dalej: „Zamawiający”), przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. i Gaz P.W. z siedzibą w miejsc. Rąbczyn

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

KIO 178/24

Uzasadnienie

Gmina Mieścisko (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Wiela – etap III” (Nr referencyjny: ZP.271.13.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 27 października 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00465594/01.

16 stycznia 2024 r. wykonawca Hydrotechnika sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Błękit (dalej: „Odwołujący” lub „Hydrotechnika”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na złożenie oferty z rażąco niską ceną; od nieprawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. i Gaz P.W. z siedzibą w miejsc. Rąbczyn (dalej: „Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych” lub „P.W.”) jako najkorzystniejszej, a także od nieprawidłowej oceny oferty wyżej wymienionego wykonawcy i przyznania tej ofercie łącznej liczby pkt 98,95 we wszystkich kryteriach oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (pisownia oryginalna):

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 3 i 6 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które uzasadniają podaną w ofercie cenę, a tym samym Odwołujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny; ponadto nieskuteczne wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sposób umożliwiający Odwołującemu ochronę swoich praw podczas postępowania;
- 2) art. 242 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie polegające na dokonaniu nieprawidłowej oceny ofert, a w konsekwencji na przyznaniu ofercie wybranemu wykonawcy pkt

98,95;

3)art.16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Usługowego Zakładu Instalacji Sanitarnych C.O i Gaz P.W. z siedzibą w Rąbczyn 107, 62-106 Rąbczyn, nr NIP: 766 174 05 13, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.W.;
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3)dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Hydrotechnika podniósł, że zgodnie z warunkami udziału w zamówieniu zawartymi w ogłoszeniu, wykonawcy nie byli zobowiązani do składania jakichkolwiek kosztorysów ofertowych. Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z dnia 27 listopada 2023 r., złożył szczegółowe wyjaśnienia co do wszystkich zagadnień, o które pytał Zamawiający. Hydrotechnika zwrócił przy tym uwagę, iż odnośnie wyjaśnień dotyczących zgodności z przepisami regulującymi koszty pracy (pkt 4 wezwania z dnia 27 listopada 2023 r.), jednoznacznie wskazał, że na wykonanie przedmiotu zamówienia przewiduje maksymalny okres 68 dni roboczych; czyli 2 720 rbh, przy stawce za rbh 95,59 zł. Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, iż takie założenie uczynił w oparciu o swoje doświadczenie w wykonywaniu tego typu robót w ilości 20 inwestycji rocznie. Hydrotechnika podkreślił, że zarzut Gminy, zawarty w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 5 stycznia 2024 r. dotyczył m.in. rozbieżności pomiędzy wskazanymi ilościami rbh w stosunku do przyjętej ilości rbh w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego tj. 24 758,4295 rbh. Odwołujący podniósł, że kosztorys inwestorski zakładał 24.758,4295 rbh, co dla brygady 5 pracowników przyjętej przez Hydrotechnika jako wystarczającej do realizacji zamówienia, oznaczałoby pracę w wymiarze 618 dni roboczych. Kolejno Hydrotechnika zaznaczył, że skoro zakładany termin wykonania zamówienia, zawarty w ogłoszeniu wynosił 8 miesięcy i 15 dni (wyliczenie: 8 miesięcy x 21 dni roboczych w miesiącu + 15 dni = 183 dni robocze). Zatem przyjmując 5 osobową brygadę do wykonania zadania w ciągu 183 dni roboczych ilość rbh wyniosłaby 7 320 a nie jak przyjmuje Zamawiający 24 758,4295 rbh. Dalej Odwołujący podniósł, że gdyby przyjąć wskazane przez Gminę: 24 758,4296 rbh podzielone przez okres 183 dni roboczych (przy założeniu pracy 5 osobowej brygady), to wówczas Zamawiający, aby uzyskać wykonanie zadanie w terminie, oczekiwałby pracy każdego dnia roboczego w ilości 27 rbh. Zakładając natomiast, że Gmina przyjęła ośmiogodzinny dzień pracy, to wówczas ilość rbh 24 758,4295 – odpowiada 618 dniom roboczym; czyli trzykrotnie przekroczony zostałby termin wykonania zamówienia wskazany w ogłoszeniu. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że wskazał w swoich wyjaśnieniach (por. pkt 3 pisma z dnia 29 listopada 2023 r.), iż wykona zamówienie w terminie 68 dni roboczych, na okres ten składa się: 3 dni – kanalizacja sanitarna tłoczna L = 250 mb, 1 dzień – sieć wodociągowa L = 50 mb, 34 dni – kanalizacja sanitarna grawitacyjna L = 1000 mb, 12 dni – kanalizacja sanitarna grawitacyjna/przyłącza L = 250 mb/34 sztuki, 6 dni – 2 przepompownie, 12 dni – kanalizacja deszczowa L = 250 mb.

Nadto Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty zawiera zarzut, iż wyjaśnienia Hydrotechnika nie są zgodne z przesłanym później kosztorysem ofertowym. W szczególności Zamawiający wskazuje na zapis stawki rbh użyty w kosztorysie ofertowym w liczbie 11,53 zł za rbh. Odwołujący podkreślił, że – w jego ocenie – jedynymi formalnymi wyjaśnieniami, jakie złożył na wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp było pismo z dnia 29 listopada 2023 r. Elementem tego pisma i tych wyjaśnień nie był natomiast kosztorys ofertowy. Hydrotechnika zaznaczył, że dokument kosztorysu ofertowego nie był wymagany w procedurze zamówienia. Odwołujący podniósł, że w niniejszym Postępowaniu przygotował ten kosztorys jako dokument wewnętrzny, mający mu ułatwić skalkulowanie całości oferty w szczególności w zakresie ceny ryczałtowej. Tym samym – zdaniem Hydrotechnika – nie można uznać, że przygotowany przez niego kosztorys ofertowy, na który powołuje się Gmina miał jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres oceny oferty. Takiego znaczenia nie wykazał również sam Zamawiający, nie umieszczając konieczności załączenia kosztorysu ofertowego, jako warunku udziału w postępowaniu oraz nie określając konieczności jego przedłożenia w wezwaniu wystosowanym do Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że wobec tego powoływanie się w chwili obecnej na niezgodności czy sprzeczności zawarte w wewnętrznym kosztorysie ofertowym, sporządzonym, jak wyżej wspomniano wyłącznie na potrzeby własne wykonawcy nie mogą mieć znaczenia w niniejszej sprawie. W ocenie Hydrotechnika sporządzony przez niego kosztorys ofertowy nie może zatem stanowić dowodu w niniejszej sprawie, a zawarte w nim informacje nie mogą być uznane za twierdzenia Odwołującego istotne ze względu na przebieg zamówienia. Hydrotechnika wskazał, że jedynym oświadczeniem, które dotyczy kwestii stosowanych stawek za rbh, jest oświadczenie złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r.

Dodatkowo Hydrotechnika wskazał, że art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, może wezwać

ponownie do złożenia wyjaśnień wykonawcę, jeżeli wcześniej złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, np. gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Odwołujący podkreślił, że obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi również w sytuacji gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ofert, a wezwanie miało ogólny charakter. Zdaniem Hydrotechnika analizując treść wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 27 listopada 2023 r. wskazać należy, że sformułowane pytania w zakresie obecnie kwestionowanym, były bardzo ogólne i stanowiły w istocie dosłowne przepisanie treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że to wskazuje, iż po pierwsze Gmina nie wezwała w sposób skuteczny Hydrotechnika do złożenia wyjaśnień odnośnie konkretnego przedmiotu zamówienia lecz powieliła mechanicznie zapis art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, bez wskazania jakie konkretnie wątpliwości powziął Zamawiający w związku ze złożoną ofertą przez Odwołującego. W ocenie Hydrotechnika należy przyjąć, iż Zamawiający nieskutecznie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

W złożonej pismem z dnia 5 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie z dnia 5 lutego 2024 r. P.W. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. i Gaz P.W. z siedzibą w miejsc. Rąbczyn (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 4 ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej do miejscowości Wielka, gm. Mieścisko. Szczegółowy zakres określony został w załączniku nr 10 do SWZ – Dokumentacja techniczna.

Stosownie do treści pisma z dnia 18 września 2023 r. pn. „Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia” wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie posiadanych aktualnych kosztorysów inwestorskich i wynosi 3 754 639,73 zł.

Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 4 600 000,00 zł brutto.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, w której zaoferował zrealizowanie zamówienia za łączną cenę 2 375 691,56 zł brutto.

Cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę Hydrotechnika jest niższa o około 49 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Pismem z dnia 27 listopada 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny o następującej treści:

„(...) związku z tym, że cena całkowita złożonej przez Państwa oferty jest o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT, która wynosi 3 754 639,73 zł netto, VAT: (23%) 863 567,14 zł ogółem wartość szacunkowa robót brutto: 4 618 206,87 zł, Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów potwierdzających poprawność wyliczenia ceny/kosztu/wszystkich składowych części zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wyjaśnienia i dowody należy złożyć w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym za pośrednictwem <https://platformazakupowa.pl/pn/miescisko> w terminie do 01 grudnia 2023 r. do godz. 13:00. Za datę i godzinę złożenia dokumentów w formie elektronicznej przyjmuje się datę i godzinę ich przekazania w systemie”.

29 listopada 2023 r. o godz. 14:33:59 Hydrotechnika wysłał za pośrednictwem Platformy zakupowej pismo z odpowiedzią w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący w pkt 3 przedmiotowego pisma odnośnie kosztów wynagrodzeń pracowniczych wskazał: „Przy tej budowie przewidujemy udział pięćosobowej brygady, która powinna wykonać zadanie w maksymalnym okresie 68 dni roboczych, czyli 2720 rgh. Kwota potrzebna na wynagrodzenia, którą przyjęliśmy do wyceny wynosi 260.000,00 netto. Stawka za rgh wynosi zatem $260.000,00 \text{ zł} / 2720 \text{ rgh} = 95,59 \text{ zł}$. Jest to zatem stawka znacznie przekraczająca najniższe wynagrodzenie za pracę”. Nadto w ostatnim akapicie rzeczonych wyjaśnień Hydrotechnika zadeklarował, co następuje: „W razie potrzeby przedłożymy kosztorys ofertowy na wezwanie Zamawiającego”. Kolejno w dniu 1 grudnia 2023 r. o godz. 12:17:02 Odwołujący przesłał za pośrednictwem Platformy zakupowej kosztorys ofertowy, na podstawie którego skalkulował cenę oferty, w którym przyjęta stawka roboczogodziny wynosi 11,53 zł, natomiast ilość roboczogodzin znacząco odbiega od tej wskazanej w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r.

Pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. i Gaz P.W. z siedzibą w miejsc. Rąbczyn oraz o odrzuceniu 5 ofert, w tym oferty Hydrotechnika na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 266 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Gmina wskazała m.in.: „(...) wykonawca nie złożył rzetelnych wyjaśnień w zakresie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, a oferta stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji (poprzez zaniżenie stawki roboczogodziny przyjętej do kalkulacji kosztorysu ofertowego) polegający na manipulowaniu stawką robocizny, o którym mowa w art. 5 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DZ. U. 2022 poz. 1233 z późn. zm.) (...); (...) Do wyjaśnień Wykonawca załączył kosztorys ofertowy przedstawiający uproszczoną kalkulację ceny ofertowej. Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów i ustalił rozbieżność złożonych w piśmie wyjaśnień w stosunku do złożonego kosztorysu ofertowego polegającego na: 1) rozbieżnej stawce za roboczogodzinę w piśmie i w kosztorysie ofertowym, 2) rozbieżnej ilości roboczogodzin przyjętej do kalkulacji w piśmie a innej wynikającej z kosztorysu ofertowego (...); (...) 1) Kalkulując przyjętą do kosztorysu stawkę roboczogodziny (dalej rgh) po 11,53 zł/rgh (stawka wyjściowa) dodając do niej koszty pośrednie (40% tj. 4,61 zł) zyski (22% tj. 3,55 zł) to stawka końcowa rgh wynosi 19,69 zł. Otrzymana wartość końcowa stawki rgh nie pokrywa się z wartością wskazaną w wyjaśnieniach (95 zł). 2) Analizując dalej gdyby przyjąć wartość robocizny wskazaną w wyjaśnieniach (zakładając, że nie zawiera ona narzutów w postaci kosztów pośrednich i zysku) tj. 260.000 zł i stawkę bazową rgh wskazaną w kosztorysie tj. 11,53 zł to ilość rgh wynikająca z kosztorysu wynosi 22.549,87 rgh – jest to ilość rgh zbliżona do przyjętej w kosztorysie inwestorskim (24.758,43 rgh). Otrzymana wartość rgh nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach, gdzie wykonawca wskazuje, że przyjął 2.720 rgh. 3) Przeliczając odwrotnie przyjmując jako stawkę końcową wartość 95 zł/rgh to stawka wyjściowa powinna wynosić 55,62 zł/rgh – taka stawka również nie ma odzwierciedlenia w przedstawionym kosztorysie ofertowym. Ponadto złożone wyjaśnienia i kosztorys, co do których Zamawiający widzi rozbieżności i nie może zrozumieć podstawy ich zaistnienia, a także znacząca dysproporcja w ilości rgh wskazana w wyjaśnieniach (2.720 rgh) w stosunku do kosztorysu inwestorskiego (24.758,4295 rgh) wzbudzają wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności skalkulowanej oferty oraz możliwości wykonania zamówienia we wskazanym w wyjaśnieniach czasie. Złożone dokumenty nie przekonują Zamawiającego do uznania, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ponadto należy wskazać, że wskazana w kosztorysie ofertowym stawka 11,53 zł/rgh w opinii Zamawiającego jest stawką zdecydowanie zaniżoną i stanowi podstawę do uznania, iż oferta złożona w dniu 24 listopada br. zawiera rażąco niską cenę a także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (poprzez zaniżenie stawki roboczogodziny przyjętej do kalkulacji kosztorysu ofertowego) polegający na manipulowaniu stawką robocizny, o którym mowa w art. 5 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DZ. U. 2022 poz. 1233 z późn. zm.) (...).”

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (...); 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)”.

Tytułem wstępu zasadnym jest wskazanie, że „(...) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie

przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (...); (...) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny być zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty. Nie jest natomiast prawidłowe zachowanie zamawiającego, który najpierw odrzuca ofertę, a dopiero później (na etapie postępowania przed KIO, albo sądem) wskazuje nowe podstawy faktyczne i prawne tej decyzji (...)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w pismach z dnia 5 stycznia 2024 r. Skoro bowiem w tych pismach Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Hydrotechnika, to również tam powinien był przedstawić pełne i jasne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez Zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie bądź w ramach argumentacji wyrażonej podczas rozprawy. Wobec powyższego Izba oceniała zasadność zarzutów odwołania jedynie w kontekście stanowiska Gminy, które przekazała wykonawcy Hydrotechnika przy odrzuceniu jego oferty tj. z pominięciem dalszej argumentacji. Późniejsze „uzupełnianie” przez Zamawiającego jego wcześniejszej decyzji było spóźnione i jako takie pozostawało bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Zaznaczenia również wymaga, że Izba odniosła się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca im argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20).

Przystępując zatem do rozpoznawania zarzutów odwołania należy zaznaczyć, że w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie ulega więc wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba wskazuje, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, Odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp pismem z dnia 27 listopada 2023 r., wobec czego powinien uzasadnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Tym samym wymaga podkreślenia, że twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu oraz podczas rozprawy, iż w istocie Zamawiający nieskutecznie wezwał go do złożenia wyjaśnień z uwagi na ogólną, w ocenie wykonawcy, treść wyżej wymienionego pisma, na obecnym etapie są zarzutami spóźnionymi i

całkowicie nieuzasadnionymi. Ponadto należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 681/17 stwierdziła, że: (...) Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (...) (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 190/19). Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.) uznał, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z ugruntowanym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r. o sygn. akt KIO 722/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r. o sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. o sygn. akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. o sygn. akt X Ga 127/08).

Należy nadmienić, że w przedmiotowym Postępowaniu Gmina wezwała wykonawcę Hydrotechnika do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów potwierdzających poprawność wyliczenia ceny/kosztu/wszystkich części zaoferowanej ceny, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania. Konsekwencją przedmiotowego wezwania było obciążenie Odwołującego obowiązkiem wyjaśnienia, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty nie jest ceną rażąco niską, pod rygorem odrzucenia oferty. W odpowiedzi na wezwanie Hydrotechnika zobowiązany był złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Tymczasem słusznie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, że wykonawca ten nie złożył rzetelnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający zaznaczył, że dokonał analizy dokumentów przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny tj. pisma z dnia 29 listopada 2023 r. oraz kosztorysu ofertowego i ustalił rozbieżności w złożonych dokumentach odnoszące się do stawki za roboczogodzinę oraz przyjętej ilości roboczogodzin. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że argumentacja zawarta w odwołaniu opiera się na tezie, zgodnie z którą przesłany kosztorys ofertowy nie stanowił elementu wyjaśnień Odwołującego w związku z czym – w ocenie Hydrotechnika – powoływanie się na pewne niezgodności czy sprzeczności zawarte w dokumentach nie mogą mieć znaczenia w niniejszej sprawie. Z powyższym jednak nie sposób się zgodzić. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego, iż kosztorys ofertowy, w oparciu o który wykonawca kalkulował cenę złożonej oferty, wniesiony w terminie określonym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 listopada 2023 r. tj. w dniu 1 grudnia 2023 r. o godz. 12:17:02 stanowił integralną część pisemnych wyjaśnień i winien być zgodny z treścią przedłożonych wyjaśnień. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny żądał od wykonawcy złożenia dowodów na potwierdzenie poprawności wyliczenia ceny oferty, a wykonawca w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r. do których – co wymaga podkreślenia – nie dołączył żadnych dowodów, zadeklarował, że w razie potrzeby przedłoży Gminie kosztorys ofertowy. Przesłany w terminie złożenia wyjaśnień kosztorys ofertowy powinien więc korespondować z częścią pisemną wyjaśnień – rzeczne dokumenty winny być spójne, a tymczasem są one wewnętrznie sprzeczne. Jak to zostało już omówione powyżej, wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, weryfikowalne i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Tymczasem przywołane okoliczności wskazują, że wyjaśnienia Odwołującego nie zostały sporządzone w sposób należyty i nie potwierdzają wiarygodności zaoferowanej ceny. Zasadnym było zatem uznanie, że wykonawca Hydrotechnika nie wykazał Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego.

Ponadto należy nadmienić, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, sugerowane przez Odwołującego ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie było zasadne wobec braku zachowania staranności przez Hydrotechnika przy składaniu pierwotnych wyjaśnień. Izba podziela ugruntowany pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym nie można prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne, nierzetelne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny, jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 roku o sygn. akt KIO 686/17). Niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny oferty nie może zatem uzasadniać ponownego wzywania do wyjaśnień, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone

pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3216/21; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 125/22). Należy bowiem zauważyć, że w niniejszej sprawie Odwołujący podał w swoich wyjaśnieniach dwie sprzeczne ze sobą stawki za roboczogodzinę oraz rozbieżne ilości roboczogodzin, co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do słusznego wniosku, iż złożone wyjaśnienia są nierzetelne i niespójne. Nadto wymaga zauważenia, że Hydrotechnika w ogóle nie odniósł się w swojej argumentacji do kwestii rozbieżnych stawek roboczogodzin, a więc w żaden sposób nawet nie próbował wyjaśnić tych sprzeczności na etapie postępowania odwoławczego, a przedstawione stanowisko oparł wyłącznie na błędnym przyjęciu, iż kosztorys ofertowy nie stanowił elementu wyjaśnień. Co również istotne – jak słusznie podniósł Zamawiający podczas rozprawy – treść uzasadnienia odwołania stanowi przede wszystkim polemikę z danymi posiadanymi przez Gminę, które wynikają z oszacowania zamówienia – z kosztorysu inwestorskiego.

Niezależnie od powyższego Izba dostrzega, że Odwołujący nie odwołał się od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty w pełnym zakresie, gdyż Hydrotechnika zaniechał odniesienia się w odwołaniu do przestanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co oznacza, że również z tego powodu odwołanie podlega oddaleniu.

Mając na uwadze przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej: „rozporządzenie”), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Izba wskazuje, że działając na podstawie § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia nie uznała zgłoszonego przez Zamawiającego kosztu dojazdu za wydatek uzasadniony. Przepis stanowi bowiem, że łączna kwota wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika nie może przekraczać kwoty 3 600,00 złotych. Wobec zgłoszenia kosztów zastępstwa na kwotę 3 600,00 złotych, nie było podstaw do zasądzenia kosztów dojazdu, jako wykraczających ponad tę wartość.

Przewodnicząca:.....