

**WYROK**

Warszawa, dnia 28 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2024 r. przez wykonawcę HYDRATEC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku postępowaniu prowadzonym przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszewie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy M.G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD PRODUKCYJNO-USŁUGOWY MAG-BUD ,M którego wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszewie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HYDRATEC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
  - 2.2. zasądza od zamawiającego 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świętoszewie na rzecz wykonawcy HYDRATEC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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: .....

**Sygn. akt KIO 495/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający - 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszewie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „24997 Żagań 43WOG K-2987 Remont budynku kuchni nr 17 wraz z opracowaniem dokumentacji projektowo-kosztorysowej”, nr referencyjny: 101/26/PN/2023.

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 nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00481808.

W postępowaniu tym wykonawca HYDRATEC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 14 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci:

1. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Produkcyjno-Usługowy MAG-BUD ul. Nowosolna 41, 67-120 Koźuchów (dalej: MAG-BUD) w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu,
2. zaniechania odrzucenia oferty MAG-BUD, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. naruszenie art. 239 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu;
- II. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp i art. 16 pkt 1) Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty MAG-BUD, pomimo że zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) udostępnienie dokumentów zgodnie ze złożonym wnioskiem

c) ponowienie procedury badania i oceny ofert

Ponadto, wniósł o:

- I. orzeczenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszt wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonego na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy w przypadku ustanowienia pełnomocnika,
- II. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w odwołaniu powołanych, znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- III. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 791/16, z dnia 5 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1663/21.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kierując wezwaniem do MAG-BUD wymagał w odpowiedzi złożenia, od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz istotnych części składowych zaoferowanej ceny."

Zamawiający zwrócił uwagę w wezwaniu, że „cena oferty musi bezwzględnie uwzględniać ww. kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wszelkie koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę tj. koszt składek ZUS płaconych przez Pracodawcę, koszt pracy w godzinach nocnych, koszt ewentualnego urlopu, koszt ewentualnego zastępstwa pracownika w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego, etc.). Ponadto w dniu 22.11.2023 r. o godz. 12.00 odbyła się wizja lokalna dotycząca przedmiotowego postępowania, w której Wykonawca nie brał udziału.” Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że „cena 6 396 000,00 zł, zaoferowana przez Wykonawcę, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.”

Zgodnie z żądaniem wezwania, przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- 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;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- przyjętych wartości narzutów do przedmiaru robót tj.: stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, ceny materiałów i sprzętu;
- czy Wykonawca uwzględnił w zaoferowanej cenie odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania dotyczące przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w tym dodatkowe prace oraz wymagania wynikłe w trakcie wizji lokalnej w szczególności: wymian okapów na sufit systemowy, generalny remont dachu wraz z wzmocnieniem, izolacja ścian fundamentowych, montaż dodatkowej konstrukcji stalowo-żelbetowej pod centrale wentylacyjne.

W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie, MAG-BUD przedstawił dokument mający stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, lecz w ocenie Odwołującego trudno temu dokumentowi nadać taki charakter, skoro zawiera on jedynie niczym nie podparte oświadczenia własne tego wykonawcy. MAG-BUD do złożonych wyjaśnień nie dołączył żadnych dokumentów, które potwierdziłyby prawdziwość tez podnoszonych w złożonej na wezwanie odpowiedzi. Nie sposób zatem uznać, że Zamawiający miał prawo przyjąć, że domniemanie rażąco niskiej ceny zostało przez MAG-BUD obalone, skoro nie dysponował materiałem, mającym odpowiednią wartość dowodową.

W odpowiedzi MAG-BUD oświadczył, że:

- 1) pracownicy zatrudnieni w Zakładzie Produkcyjno-Usługowym "MAG-BUD" zatrudnieni są zgodnie z wymaganiami stawianymi przez prawo, a ich wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującymi normami,
- 2) pracownicy zatrudnieni są zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 3) przyjęł narzuty:
  - stawka roboczogodziny wynosi: 26,80
  - koszta pośrednie wynoszą: 68%
  - zysk wynosi: 12,50%
  - cena materiałów i sprzętów wynosi-narzut: 9%
- 4) uwzględnił w zaoferowanej cenie odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania dotyczące przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia,

5) podejmuje się realizacji m.in. wymiany okapów na sufit systemowy, remontu dachu wraz z wzmocnieniem (ocieplenie dachu, obicie od wewnątrz konstrukcji dachowej płytą OSB, wzmocnienie konstrukcji dachowej poprzez nabicie desek na istniejące krokwie, wykonanie membrany dachowej na krokwiach poprzez przekładkę istniejącej dachówki), izolacji ścian fundamentowych oraz montażu dodatkowej konstrukcji stalowo-żelbetowej pod centrale wentylacyjne zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2023r. w sprawie o sygn. akt KIO 3462/23, z dnia 22 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 809/19 jak również tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 255/18.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnień MAG-BUD nie sposób uznać za wyjaśnienia kompleksowe, wyczerpujące i adekwatne, skoro nie zawierają odpowiednich dowodów potwierdzających okoliczności, o których wykazanie zwrócił się Zamawiający. Oczywiście wszelkie dowody MAG-BUD powinien złożyć najpóźniej wraz z wyjaśnieniami. Nawet gdyby złożył tego typu dokumenty na rozprawie, to uznać należy, iż złożenie tych dowodów byłoby spóźnione, gdyż nie wykazał w terminie przepisanych przez Zamawiającego, iż jego cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 2494/19 oraz 3465/22.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, otrzymując wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinien otrzymać zestaw danych pozwalających mu obiektywnie uznać, że domniemanie rażąco niskiej ceny, wynikające wprost z przepisów ustawy, zostało w sposób niebudzący wątpliwości obalone przez składającego wyjaśnienia. Nie może być mowy o wystąpieniu takich okoliczności, gdy podmiot wyjaśniający ogranicza się do głoślowego zapewnienia, że uwzględnił wszelkie koszty, a cena jego oferty rażąco niską nie jest. Wyjaśnienia MAG-BUD równie dobrze mogłyby się sprowadzać do oświadczenia, że jego cena nie jest rażąco niska. Oświadczenie takie miałyby identyczną wartość dowodową co złożona na wezwanie odpowiedź.

MAG-BUD nie wykazał (nie udowodnił) w szczególności, że:

- uwzględnił koszty prac wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na zadane w postępowaniu pytania, w szczególności nie wskazał o jakie koszty chodzi i w jakiej wysokości zostały uwzględnione;
- uwzględnił dodatkowe prace oraz wymagania wynikłe w trakcie wizji lokalnej (w której, jak słusznie Zamawiający zauważył, MAG-BUD nie brał udziału) a w szczególności koszty: wymian okapów na sufit systemowy, generalny remont dachu wraz z wzmocnieniem, izolacja ścian fundamentowych, montaż dodatkowej konstrukcji stalowo-żelbetowej pod centrale wentylacyjne i w jakiej wysokości. MAG-BUD oświadczył jedynie, że podejmie się wykonania tych prac, co nie jest równoznaczne z uwzględnieniem ich w cenie ofertowej;
- przyjęta kalkulacja ceny ofertowej została oparta o stawkę roboczogodziny w wysokości 26,80 zł, koszty pośrednie wynoszące 68%, narzut na ceny materiałów i sprzętów w wysokości 9%. MAG-BUD mógłby w odpowiedzi na wezwanie podać wartości dowolne, których z uwagi na brak dowodów Zamawiający i tak nie byłby w stanie potwierdzić;
- stosunek kosztów do ceny oferty pozwala na osiągnięcie 12,5% zysku. Tak jak w przypadku punktu wyżej, MAG-BUD mógł tu wskazać dowolną wartość, która bez dowodów pozostaje tylko pustym zapewnieniem;
- uwzględnił koszty zastępstw pracowników w trakcie urlopu lub zwolnienia chorobowego, mimo że był do tego wprost zobowiązany treścią wezwania.

Końcowo, Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył swoim działaniem art. 16 pkt 1) ustawy, obligujący do przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby zapewniona była uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie sposób uznać, że wykonawcy mogą konkurować ze sobą w postępowaniu na uczciwych warunkach, jeżeli Zamawiający będący gospodarzem tego postępowania, nie respektuje reguł, które nimi rządzą, w tym tych, które samodzielnie ustala. Bezrefleksyjne przyjęcie wadliwych wyjaśnień rażąco niskiej ceny zagraża nie tylko interesowi pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w sposób rzetelny, ale również samego Zamawiającego, który może nie uzyskać takiego świadczenia, jakiego oczekuje w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Uczciwa konkurencja może być zachowana tylko wtedy, gdy Zamawiający dba o wyeliminowanie wszystkich niejasności, które mogłyby w sposób nieuprawniony rzutować na pozycję wykonawcy w postępowaniu. Takiego działania próżno jednak szukać w niniejszej sprawie, skoro Zamawiający próbował pierwotnie rozstrzygnąć postępowanie z pominięciem procedury badania rażąco niskiej ceny i odstąpił od prawidłowego udostępnienia dokumentów.

W złożonej pismem z 26 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie przestanej jako skan, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniosł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający wskazał, iż przed przystąpieniem do zamówienia sporządził szacunkową wartość zamówienia i jako jej wartość przyjęto kwotę 6.600.000,00 złotych.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na podstawie analogicznego zamówienia w postępowaniu jakie Zamawiający prowadził w latach 2022-2023r. — „Remont budynku nr 5 w kompleksie Bolesławiec 3008 — kuchnia i jadalnia” nr 27/26/2022.

Zamawiający wskazał, że zakres robót w obu postępowaniach w przeważającej większości był taki sam jaki Zamawiający planował przeprowadzić w postępowaniu nr „24997 Żagań 43WOG K-2987 Remont budynku kuchni nr 17 wraz z opracowaniem dokumentacji projektowo kosztorysowej” — w tym uwzględnił remont dachu czy izolację ścian.

Zamawiający wskazał, iż do szacowania przyjęto wartość z zadania remontu budynku nr 5 w kompleksie Bolesławiec tj. kwotę 4.997.007,07 złotych.

4.997.007,07zł / przez ilość m2 powierzchni użytkowej budynku nr 5 w Bolesławcu tj. 1664,82 dała kwotę 3.001,53zł za m2.

Przewidziany do remontu budynek 17 w Żaganiu będący przedmiotem niniejszego postępowania posiada powierzchnię użytkową 2.065,21 m2.

$2.065,21\text{m}^2 \times 3.001,53\text{zł} = 6.198.789,78\text{zł}$

Zamawiający wskazuje, iż uwzględnił również wzrost cen robocizny, materiałów i sprzętu oraz konieczność wykonania dokumentacji kosztorysowo-projektowej i przyjął finalną szacunkową wartość zamówienia na kwotę 6.600.000,00 złotych brutto.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż do sporządzenia kosztorysów inwestorskich stosuje stawki przyjmowane w „zeszytach SEKOCENBUD” ogłaszanych co kwartał na dany rok.

Przechodząc od polemiki z zarzutami Odwołującego dotyczącymi wystąpienia w jego ocenie rażąco niskiej ceny po stronie wykonawcy MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie Zamawiający wskazuje, iż zarzuty Odwołującego nie polegają na prawdzie a są jedynie jego subiektywną opinią.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zwrócił się do MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie o wyjaśnienia w zakresie przedstawienia wyliczeń i czynników mających wpływ na kalkulację i cenę oferty, ponadto Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia czy uwzględnił wymóg zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę oraz czy z uwagi na nieobecność na wizji lokalnej w dniu 22.11.2023r. uwzględnił w swojej ofercie prace dodatkowe np. izolację ścian czy remont dachu.

W odpowiedzi w dniu 31 stycznia 2024r. MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie wskazała, iż wszyscy pracownicy firmy zatrudnieni są na podstawie przepisów stawianych przez prawo, a ich wynagrodzenie jest zgodne z obowiązującymi normami. Ponadto MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie wskazała, iż odnosząc się do przyjętych narzutów do przedmiaru robót stawka za roboczogodzinę wynosi 26,80zł, koszty pośrednie wynoszą 68%, zysk wynosi: 12,5% a narzut na ceny materiałów i sprzętu wynosi 9%, jednocześnie MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie wskazała, iż w ofercie wykonawca uwzględnił prace dodatkowe min. ocieplenie dachu, wymianę okapów itd. Ponadto MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie wskazał, iż wykonawca realizował już przedsięwzięcia na terenie jednostek wojskowych i wykonywał je zgodnie z stawianymi warunkami oraz w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, w tym dotyczące zatrudniania pracowników, a zdobyte w tym czasie doświadczenie daje gwarancje, co do prawidłowości w wykonaniu powierzonych prac budowlanych.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę choć zwięzłe pozwoliły na przyjęcie, iż Wykonawca zaoferował cenę uwzględniając wszystkie istotne części składowe postępowania. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z §4 ust 27 projektu umowy, który jest załącznikiem do SWZ i z którym każdy z wykonawców winien się być zapoznać przed przystąpieniem do postępowania — wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę. W związku z powyższym wyjaśnienia MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie w zakresie sposobu zatrudnienia pracowników Zamawiający uznał za wystarczające. Dalej w nawiązaniu do przedstawionych przez wykonawcę procentowych wyliczeń Zamawiający wskazuje, iż te były bardzo zbliżone do przyjętych podczas szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Zgodnie z wcześniej przedstawionym sposobem szacowania wartości zamówienia Zamawiający przyjął wskaźniki kosztów pośrednich na 68,4% (zeszyt sekocenbud str. 31) czyli narzuty przedstawione przez wykonawcę tj. 68% są nieznacznie niższe od tych przyjętych przez Zamawiającego. Analogiczna sytuacja dotyczy Wskaźnika narzutu zysku — przyjęta przez Zamawiającego 11,6 — przyjęty przez Wykonawcę 12,5, wskaźnika kosztów zakupu 7,5 przyjęty przez Zamawiającego — 9 przyjęty przez Wykonawcę.

Odnosząc się do stawki roboczogodziny przedstawionej przez MAG — BUD z siedzibą w Kożuchowie Zamawiający wskazuje, iż również ta wartość była w jego ocenie podana w sposób wystarczający albowiem średnia stawka za roboczogodzinę w woj. Lubuskim - 4 kwartał 2023r. zgodnie z zeszytami Sekocenbud wynosi 27,45zł netto i w porównaniu do stawki roboczogodziny przedstawianej przez wykonawcę tj. 26,80zł jest jedynie nieznacznie wyższa.

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż dokonał sprawdzenia złożonych ofert zarówno pod kątem przesłanek wskazanych w art. 226 jak i 224 pzp. Min. poprzez wyliczenie średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Przyjmując, iż MAG-BUD, ul. Nowosolna 41, 67-120 Kożuchów zaoferowała kwotę 6.396.000,00 przekroczyła średnią arytmetyczną złożonych ofert o 35,33% i była jedynie o 3.1% niższa aniżeli kwota wynikła z szacunkowej wartości

zamówienia przygotowanej przez Zamawiającego.

Jednocześnie koniecznym jest zauważanie, iż dwie oferty tj. HYDRATEC Sp. z o.o. oraz INWESTBUD Paweł Bagr Karłowice 2 opiewały na zbliżone kwoty tj. 9.594.000,00 oraz 9.768.782,74, i przekraczały szacunkowe wartości zamówienia o około 45% natomiast oferta EUROBUD Sp. z o.o. ul. Klonowa 2, wartości 13.799.499,15 przekraczała szacunkową wartość zamówienia o około 110%. Warty podkreślenia jest również fakt, iż oferta EUROBUD Sp. z o.o. ul. Klonowa 2, zawyżyła zdecydowanie średnią arytmetyczną dla złożonych ofert. Zamawiający wskazuje, iż przyjmując średnią arytmetyczną dla trzech niewykluczonych z postępowania ofert tj. HYDRATEC Sp. z o.o. ul. por. Anatola Radziwonika, Z.P., Karłowice 2, średnia arytmetyczna MAG-BUD wyniosłaby 25,51% a więc nie spełniłaby przesłanek zawartych w art. 224 Pzp.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą art. 224 ust. 1 pzp określający generalną regułę badania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku ich wyjaśnienia, bowiem w każdym przypadku zamawiający musi ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego uzasadniają wezwanie do wyjaśnień. Art. 224 ust. 2 pkt 2 natomiast jedynie uprawnia, a nie zobowiązuje zamawiającego do żądania wyjaśnień. Również w przypadku art. 224 ust. 1 pkt 1 (odwołującego się do matematycznej formuły) obowiązek badania rażąco niskiej ceny nie ma charakteru automatycznego, bowiem zamawiający może nie żądać wyjaśnień, jeśli ustali, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, która podlega wyjaśnieniom. W orzecznictwie wypracowano jednak taką definicję, która zachowuje aktualność w odniesieniu do obecnie obowiązującego Pzp. Przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Innymi słowy, jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia strat lub otrzymania dodatkowego finansowania.

Zamawiający wskazuje, iż cena MAG-BUD była jedynie nieznacznie niższa od przyjętej szacunkowej wartości zamówienia. Pomimo tego Zamawiający wezwał MAG-BUD do złożenia stosownych wyjaśnień, które uznał za wystarczające albowiem były zgodnie min. z danymi zwartymi w informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy i sprzętu budowlanego, jak również odpowiadały na pytania Zamawiającego w zakresie uwzględnienia robót wynikłych podczas wizji lokalnej jak i zatrudnienia pracowników.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień, odpowiedź na wezwanie, 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 zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Zamawiającego wraz ze skanem odpowiedzi na odwołanie.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest remont budynku kuchni nr 17 wraz z opracowaniem dokumentacji projektowo-kosztorysowej.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 5 grudnia 2023 r. w postępowaniu zostały złożone cztery oferty:

- 1)HYDRATEC SP. Z O. O. z siedzibą w Białymstoku - cena 9 594 000,00 zł.
- 2)Zakład Produkcyjno-Usługowy MAG-BUD - cena 6 396 000,00 zł.
- 3)EUROBUD SP. Z O. O. z siedzibą w Kłępinie - cena 13 799 499,15 zł.
- 4)INWESTBUD Paweł Bagrij - cena 9 768 782,74 zł.

W dniu 22 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta wykonawcy Zakład Produkcyjno-Usługowy MAG-BUD.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty i pozostałych dokumentów złożonych przez MAG-BUD. Zamawiający dokumentów tych nie udostępnił. Z tego też względu w dniu 27 grudnia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego. W dniu 11 stycznia 2024 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i unieważni wybór najkorzystniejszej oferty, udostępnił dokumenty zgodnie z wnioskiem Odwołującego, ponowił procedurę badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 30 stycznia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę M.G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD PRODUKCYJNO USŁUGOWY MAG-BUD M.G. (dalej: „MAG-BUD”) do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Wykonawca MAG-BUD pismem z dnia 31 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia. Do wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów.

Treść wezwania do złożenia wyjaśnień jak również treść wyjaśnień wykonawcy MAG-BUD przytoczone w odwołaniu odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

W dniu 8 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta wykonawcy Zakład Produkcyjno-Usługowy MAG-BUD.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy MAG-BUD potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

**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 zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp *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.*

Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp *odrzuca, 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.*

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

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Art. 537 ust. 1) i 2) ustawy Pzp stanowi, że *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.*

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.*

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę wyjaśnień wykonawcy MAG-BUD w zakresie rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają rozwiązać wątpliwości zamawiającego (a w postępowaniu odwoławczym Krajową Izbę Odwoławczą) co do wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Wskazywanie przez wykonawców ogólnych, szablonowych wyjaśnień, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania SWZ, cena uwzględnia wszystkie koszty, wykonawca posiada ogromne doświadczenie, a przede wszystkim wykonawca osiągnie zysk etc. są niewystarczające i nie wnoszą niczego istotnego do sprawy.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru

rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Co istotne, nawet skierowanie do wykonawców wezwanie o standardowej treści, bez skonkretyzowania swoich wątpliwości odnośnie ceny ofertowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które w zakresie przedstawionych przez niego informacji są konkretne, spójne i wyczerpujące.

Wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe 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.

Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Zamawiający dokonuje oceny, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie treści wyjaśnień, nie zaś na podstawie wiedzy własnej.

Przechodząc do zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

W ocenie Izby wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę MAG-BUD nie były szczegółowe, kompletne ani też rzetelne. Wykonawca MAG-BUD nie załączył do wyjaśnień nawet kalkulacji własne. Z wyjaśnień nie wiadomo ile ww. wykonawca pracowników zatrudnia, jaka jest wysokość wynagrodzenia, jakie są koszty pośrednie, jakie są ceny materiałów, ceny sprzętu. Co oznacza, że *Wykonawca podejmuje się realizacji m.in. wymiany okapów na sufit systemowy, remontu dachu wraz z wzmocnieniem* (ocieplenie dachu, obicie od wewnątrz konstrukcji dachowej płytą OSB, wzmocnienie konstrukcji dachowej poprzez nabicie desek na istniejące krokwie, wykonanie membrany dachowej na krokwiach poprzez przekładkę istniejącej dachówki), *izolacji ścian fundamentowych oraz montażu dodatkowej konstrukcji stalowo-żelbetowej pod centrale wentylacyjne*. Nie jest wiadomym czy zostało to skalkulowane w cenie oferty, gdzie, w jakiej wysokości.

Zdaniem Izby wykonawca nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu sposobu kalkulacji ceny, przez co nie wykazał, że jego oferta nie była rażąco niska.

Wykonawca składając wyjaśnienia musi udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca MAG-BUD temu obowiązkowi nie podolał.

Izba zwraca również uwagę, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez Zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe.

Kończąc, warto przypomnieć, że zgodnie z art. 537 pkt 2 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zamawiający temu obowiązkowi nie podolał.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit a) i 2) lit b) 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: .....