

WYROK

Warszawa, dnia 29 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Strawczyn przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci, jako zawierającej rażąco niską cenę
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 13 617 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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:.....

Uzasadnienie

Gmina Strawczyn (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowego boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji przy Szkole Podstawowej w miejscowości Chełmce”, numer postępowania nadany przez zamawiającego: RIRP.ZP.271.1.31.2023 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00078827/07/P w dniu 29 listopada 2023 r..

W dniu 7 lutego 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci (dalej „FKD EMPLOYEES” lub „przystępujący”).

W dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez FKD EMPLOYEES pomimo, iż przedmiotowa oferta zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona, albowiem zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złożył wyjaśnień w

żądanym przez zamawiającego zakresie, w wyznaczonym w wezwaniu terminie, a nadto wyjaśnienia te wraz z załączonymi przez wykonawcę dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy FKD EMPLOYEES pomimo, iż oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie złożył wyjaśnień w żądanym zakresie oraz w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, na skutek czego zamawiający bez uzasadnionych podstaw ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, naruszając tym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to jednak wezwanie nie mogło prowadzić do uzupełnienia wyjaśnień wykonawcy w zakresie objętym pierwotnym wezwaniem, zaś wyjaśnienia wykonawcy należało uznać jako złożone po terminie;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w odpowiedzi zarówno na pierwsze, jak i drugie wezwanie zamawiającego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez FKD EMPLOYEES; (2) odrzucenia oferty złożonej przez FKD EMPLOYEES z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; (3) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, celem ustalenia następujących okoliczności: czy cena zaoferowana przez FKD EMPLOYEES w ramach postępowania, przy uwzględnieniu wszelkich aktualnych kosztów, w szczególności obowiązujących stawek materiałów, robocizny, niezbędnych urządzeń, jest ceną realną i czy możliwe jest zrealizowanie za wskazaną przez wykonawcę cenę całości prac w ramach przedmiotowej inwestycji i czy jest to cena w rażący sposób zaniżona, niepozwalająca na ukończenie całości prac przez wskazanego wykonawcę.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, uzasadniając zarzut opisany w punkcie pierwszym petitum odwołania, odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, że zamawiający dostrzegając, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę (złożona oferta była niższa o 32,34% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT oraz o 39,74% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu), wezwał wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym m.in. do przedstawienia: szczegółowej kalkulacji elementów przedmiotu zamówienia, jaki udział kosztów w poszczególnych elementach składowych ceny ofertowej stanowią koszty pracy oraz przedstawienia kalkulacji tych kosztów w zakresie tych elementów lub wyjaśnienie jak koszty pracownicze zostały ujęte w ofercie i jakie mają przełożenie na kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. W zakresie tego ostatniego elementu wykonawca wezwania nie wykonał. W konsekwencji w dniu 29 stycznia 2024 r. zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia kosztów pracowniczych zawartych w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2024 r. Wskazany zakres wyjaśnień był objęty wezwaniem z dnia 17 stycznia 2024 r., czym niejako potwierdził, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były niepełne.

Dlatego też w ocenie odwołującego zamawiającemu zarzucić należy, że nie był on uprawniony do kierowania do wykonawcy ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w takim zakresie, do którego wyjaśnienia wykonawca był już wcześniej wezwany, a do którego wykonawca umyślnie lub też nie - nie odniósł się w terminie. Odwołujący przypomniał, że jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO, zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy (tak w wyroku KIO z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14 oraz wyroku KIO z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2380/17). Odwołujący wskazał w tym miejscu, że jakkolwiek ww. orzecznictwo odnosi się do regulacji starej ustawy, jednak z uwagi na analogiczną treść aktualnie obowiązujących przepisów, orzecznictwo to pozostaje aktualne.

W świetle powyższego oferta wykonawcy winna, w jego ocenie, zostać odrzucona. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie złożył wyjaśnień w żądanym zakresie oraz w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, na skutek czego zamawiający bez uzasadnionych podstaw ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, naruszając równocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym ponowne wezwanie nie mogło prowadzić do uzupełnienia wyjaśnień wykonawcy w zakresie

objęty pierwotnym wezwaniem, zaś wyjaśnienia wykonawcy należało uznać jako złożone po terminie.

Następnie, uzasadniając zarzut opisany w punkcie drugim petitum odwołujący odniósł się do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, w odpowiedzi na pierwsze i drugie wezwanie stwierdzając, że te nie uzasadniają one podanej w ofercie ceny. Przypomniał treść przepisów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jak też ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba zwraca uwagę, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, 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. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ 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. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślił także w tym miejscu, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (tak między innymi w Wyroku KIO z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1679/21; Wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2678/18).

Dalej odwołujący wskazał, że za rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać w szczególności podane przez wykonawcę ceny za następujące elementy przedmiotu zamówienia: Ad. 2 - Roboty wyburzeniowe i demontażowe - 30.000,00 zł netto; Ad. 3 - Roboty ziemne - 50.000,00 zł netto; Ad. 4 - Nawierzchnia boiska - 362.000,00 zł netto; Ad. 5 - Zadaszenie (minimalna wysokość nad polem do gry 6 m) - 1.008.857,72 zł netto; Ad. 9 - Instalacja PV 42 KW - 150.000,00 zł netto; Ad. 23. - Zagospodarowanie terenu - 42.000,00 zł netto. Zauważył także, że w odniesieniu do poz. 5 (która niewątpliwie stanowi najistotniejszą część składową ceny) wykonawca wskazał, że udział kosztów pracowniczych za wykonanie danego elementu robót wynosi 403.543,09 zł. z 1.008.857,72 zł. przyjętych za podstawę wyceny przez wykonawcę. Powyższe oznacza, że na zakup materiału do wykonania ww. elementów robót wykonawca zamierza przeznaczyć nie więcej niż 605.314,63 zł. Tymczasem analiza cen rynkowych, nawet przy uwzględnieniu potencjalnych rabatów, prowadzi do wniosku, że wskazana kwota jest niewystarczająca na pokrycie kosztu zakupu materiałów, a w konsekwencji złożona oferta nie pozwala na ukończenie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową i za zaoferowaną przez wykonawcę cenę.

Już w świetle powyższego, wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalają na przyjęcie, że cena zapewnia wykonanie odpowiednich części przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a nadto że zadanie zostanie wykonane w sposób należyty. W konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca FKD EMPLOYEES Sp. z o.o. z siedzibą w Paproci.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w całości.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego w dniu 16 lutego 2024 r. zarzutów odwołania, przystępujący po stronie zamawiającego, wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, w piśmie złożonym do akt sprawy z dnia 26 lutego 2024 r., wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Wobec wniesienia sprzeciwu przez przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowiska odwołującego i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwolujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę to oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez przystępującego, złożone na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez niego wskazane.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, uznając go za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Należy zaznaczyć, że kluczową cechą wyróżniającą dowód w postaci opinii biegłego od pozostałych środków dowodowych są zawarte w wydanej opinii wiadomości specjalne, mające istotne znaczenie dla rozpoznawanej sprawy. Opinia biegłego, specjalizującego się w konkretnej dziedzinie, ma na celu rozstrzygnięcie wątpliwości pojawiających się w toku postępowania i pozwala prawidłowo ustalić stan faktyczny danej sprawy. W niniejszej sprawie takie wątpliwości nie powstały, zaś ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie pozwala na wydanie orzeczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) jest budowa nowego boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji przy Szkole Podstawowej w miejscowości Chełmce w formule zaprojektuj i wybuduj. Przedmiotem opracowania jest zaprojektowanie i wykonanie hali o stałej konstrukcji wraz z boiskiem wielofunkcyjnym, łącznikiem oraz niezbędnym zagospodarowaniem i infrastrukturą techniczną na terenie Szkoły Podstawowej w Chełmach, z zakresem przedstawionym w koncepcji do PFU - rzut parteru. Zakres prac budowlano-montażowych związanych z realizacją zadania będzie zawierał następujące elementy: (1) Prace rozbiórkowe, (2) Roboty ziemne, (3) Podbudowy, (4) Drenaż, (5) Fundamenty, (6) Izolacje przeciwwilgociowe, (7) Nawierzchnia z poliuretanu, (8) Zadaszenie łukowe o konstrukcji drewnianej/ stalowej, (9) Pokrycie zadaszenia, (10) Łącznik pomiędzy szkołą a projektowaną halą z zapleczem szatniowo - sanitarnym, (11) Instalacja elektryczna i oświetlenie hali, ogniwa PV, (12) Instalacja c.o. pompa ciepła dla pokrycia ciepła dla hali, (13) Instalacja wentylacji i klimatyzacji, (14) Instalacja monitoringu, (15) Scena wraz z kosztem wykładziny ochronnej na boisko, (16) Strzelnica laserowa, (17) Wyposażenie sportowe obiektu, (18) Tablica informacyjna, (19) Trybuny, (20) Przebudowa istniejącej sali gimnastycznej (korytarz).

Wykonawca winien dostosować i prowadzić prace zgodnie z wytycznymi zawartymi w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, programie funkcjonalno-użytkowym, stanowiącym załącznik do niniejszego opracowania oraz w pozostałych dokumentach uzyskanych do wykonania projektu budowlanego i wykonawczego. Przedmiot zamówienia obejmuje również zagospodarowanie terenu przyległego i zabezpieczanie placu budowy oraz najbliższego otoczenia dla potrzeb wykonawcy oraz jego zagospodarowanie po zakończeniu robót, uzyskanie stosownych zgód i pozwoleń na transport od zarządców dróg na czas wykonywania prac, utylizację odpadów i innych zgód i pozwoleń niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Zamówienie obejmuje m.in.: (1) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz uzyskanie niezbędnych decyzji, opinii i pozwoleń dla budowy budynku i uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę; (2) wykonanie mapy do celów projektowych; (3) wykonanie robót budowlanych wyszczególnionych w niniejszym programie funkcjonalno - użytkowym wraz z przeprowadzeniem wszystkich niezbędnych odbiorów i dopuszczeń do użytkowania; (4) budowę budynku wraz z zagospodarowaniem terenu; (5) pełny projekt technologii z kartami wyposażenia; (6) dokumentacja projektowa powinna być wykonana tak aby projektowany obiekt wraz z instalacjami i urządzeniami był zgodny z obowiązującymi normami, przepisami, standardami oraz spełniał standardy funkcjonalności, bezpieczeństwa i komfortu użytkowania budynku, oraz był dostosowany dla osób niepełnosprawnych oraz aby zapewniono zgodność z warunkami ochrony przeciwpożarowej z zachowaniem wymagań określonych w niniejszym programie funkcjonalno - użytkowym oraz obowiązującymi przepisami.

Wykonawca zobowiązany jest do zaprojektowania i wybudowania obiektu budowlanego zgodnie z niniejszym PFU, uwzględniając planowany cel i funkcję przedsięwzięcia, zgodnie z wymaganiami powszechnie obowiązującego prawa, norm i wiedzy technicznej oraz sztuki budowlanej. Wykonawca zobowiązany będzie uzyskać także wszelkie niezbędne opinie, uzgodnienia, warunki techniczne, zgody i decyzje, wykonać wszystkie działania wymagane decyzjami, warunkami technicznymi itp., w szczególności przyłącza, sieci, usunięcie lub przełożenie instalacji, działania rozbiórkowe, usunięcie drzew i krzewów. Przy wykonywaniu projektów i planowaniu budowy oraz przy kompletowaniu dostawy sprzętu i wyposażenia wykonawca winien wziąć pod uwagę, iż wymagania zamawiającego wskazane w niniejszym PFU nie muszą być kompletne i wyczerpujące w odniesieniu do wszystkich możliwych rozwiązań, a niniejsze wymagania mogą nie objąć wszystkich szczegółów niezbędnych do opracowania projektów. Jeśli wskazane wymagania kolidują z obowiązującymi na dzień realizacji przedsięwzięcia (w zakresie projektu, budowy lub innych) przepisami

prawa, wykonawca zobowiązany jest w uzgodnieniu z zamawiającym - zastosować inne rozwiązanie. Wykonawca dostarczy i zainstaluje sprzęt, instalacje i urządzenia pod wszelkimi względami kompletne i gotowe do eksploatacji oraz spełniające niniejsze wymagania. Wykonawca nie może wykorzystywać błędów lub opuszczeń w niniejszym „PFU” i dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, a o ich wykryciu winien natychmiast powiadomić zamawiającego, który dokona odpowiednich poprawek, uzupełnień lub interpretacji.

Punkt XII SWZ zawierał opis sposobu obliczenia ceny. W tym punkcie zamawiający przewidział, że wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ, jako cenę netto i brutto [z uwzględnieniem kwoty podatku od towarów i usług (VAT)] z wyszczególnieniem stawki i kwoty podatku od towarów i usług (VAT). Wykonawca podał wartość netto za opracowanie dokumentacji projektowej. Cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający oszacował wartość zamówienia łącznie na kwotę 5 384 049,94 zł. netto, co wynika ze sporządzonego przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania kosztorysu wskaźnikowego.

W terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, swoje oferty w postępowaniu złożyło dziewięciu wykonawców, w tym przystępujący, proponując realizację zamówienia za cenę brutto 4 480 715,00 zł. i odwołujący, oferując cenę 5 995 039,68 zł. brutto.

Ponadto ustalono, że zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 3-6 ustawy Pzp wezwał przystępującego do wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie. Zauważył, że złożona oferta jest niższa o 32,34% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 39,74% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Wobec powyższego budzi ona wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. W celu wyjaśnienia powyższych wątpliwości zamawiający zobowiązał wykonawcę do przedstawienia szczegółowej kalkulacji elementów przedmiotu zamówienia (zgodnie z przygotowaną tabelą, zawierającą elementy składowe zamówienia), wskazania jaki udział kosztów w poszczególnych elementach składowych ceny ofertowej stanowią koszty pracy oraz do przedstawienia kalkulacji tych kosztów w zakresie tych elementów lub wyjaśnienie jak koszty pracownicze zostały ujęte w ofercie i jakie mają przełożenie na kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał, aby odpowiedzi były poparte dowodami.

Izba ustaliła także, że w terminie wskazanym przez zamawiającego, pismem z dnia 22 stycznia 2023 r. wykonawca FKD EMPLOYEES złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

W piśmie przystępujący zadeklarował na wstępie, że od wielu lat działa w branży drzewnej i budowlanej, głównie budowa magazynów soli, hal produkcyjnych i magazynowych, obiektów sportowych i użyteczności publicznej. Jego realizacje to między innymi konstrukcja drewnianej hali sportowo widowiskowej w Dopiewie, zadaszenia sali widowiskowej remizy strażackiej wykonanej z drewna klejonego w kształcie hełmu strażackiego, zaprojektowanie i budowa hali produkcyjnej z zapleczem socjalnym o pow. 4200 m² z drewna klejonego warstwowo. Budowa największej w Polsce i jednej z największych w Europie hali w konstrukcji drewnianej w Porcie w Gdyni o wysokości 44 metrów i powierzchni dachu 1,5 hektara. Firma posiada linię produkcyjną do klejenia drewna elementów łukowych o rozpiętości do 40 metrów oraz wysokości 2,5 metra, jest to jedna z największych tego typu linii produkcyjnych w Europie i jedna z dwóch w Polsce. Zadeklarował, że jego firma posiada długoletni staż i doświadczenie w konstrukcjach drewnianych, posiada zespół ludzi, projektantów, kierowników i pracowników fizycznych, którzy od kilkunastu lat są zaangażowani w wykonywaniu różnych projektów. Zarówno ekipy montażowe, produkcyjne i projektowe posiadają ogromne doświadczenie w produkcji drewna klejonego jak i jego montażu. Co za tym idzie, ma wypracowaną również długoletnią współpracę z różnymi zamawiającymi, głównie współpracuje ze Skarbem Państwa oraz największymi firmami budowlanymi w kraju. Dodatkowo materiał, który używany jest do budowy konstrukcji pochodzi w 100 % z Polskich Lasów Państwowych. Całość tego materiału jest przerabiana w firmie od momentu dowozu surowca do wyrobu gotowego, posiada własne suszarnie jak i linie do przetarcia drewna. Taki model powoduje niezależność i konkurencyjność w stosunku do innych firm.

Przystępujący zadeklarował, że jego firma zatrudnia pracowników na umowy o pracę, a ich stawki są znacznie większe od minimalnej krajowej. Ponadto, że spółka nie korzysta z pomocy publicznej w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Spółka działa zgodnie z przepisami prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i respektuje wszystkie te przepisy. Spółka wykorzystuje środki, które są bezpieczne dla środowiska, posiadające atesty oraz deklaracje zgodności z normami, jednocześnie sam zakład jest przyjazny środowisku, powstałe odpady przy produkcji są wykorzystywane jako biomasa. Jest wpisana do rejestru BDO i przestrzega przepisów ochrony środowiska. Spółka w ramach niniejszego zadania nie zamierza korzystać z usług podwykonawców, jej zasoby pozwalają na wykonanie całości zadania we własnym zakresie.

Do wyjaśnień została załączona Tabela kosztów, w której przedstawiono poszczególne zakresy robót,

wymienione przez zamawiającego w treści wezwania. Wykonawca zadeklarował ceny za poszczególne zakresy prac (podał cenę netto i brutto) oraz wskazał jaki udział kwotowy w tych pozycjach mają koszty pracownicze.

Na podstawie akt sprawy ustalono także, że zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r. skierował do przystępującego kolejne wezwanie, wskazując jako podstawę prawną art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 3-6 ustawy Pzp prosząc o wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wezwał przystępującego w piśmie do przedstawienia sposobu wyliczenia kosztów pracowniczych zawartych w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2024 r. Ponownie przypomniał, że odpowiedzi winny być poparte dowodami.

Wykonawca FKD EMPLOYEES, pismem z 1 lutego 2024 r. udzielił następującej odpowiedzi. W pierwszej kolejności wskazał, że w załącznikach przedstawia dokumenty, wyliczenia oraz zdjęcia z obiektów produkcyjnych należących do jego grupy kapitałowej. W tabeli kosztów - roboczogodziny określił, na podstawie dotychczasowego doświadczenia, ilość zakładanych godzin na wykonanie poszczególnych etapów zadania, średnią stawkę roboczogodziny, którą przyjmuje zawsze do kalkulacji - około 120 zł., stawka ta zawiera koszty wynagrodzenia wraz z podatkami i składkami ZUS oraz koszty obsługi administracyjnej dojazdu pracowników na teren budowy. W kolejnym dokumencie przedstawił wyniki przetargów Programu Olimpia, które są już zakończone. Zadeklarował, że wymagania w tych przetargach były bardzo zbliżone do programu funkcjonalno-użytkowego, co do wielkości hali jak i wyposażenia.

Stwierdził, że skalkulowana przez niego cena nie jest zaniżona w stosunku do innych przetargów. Natomiast jest to cena najbardziej zbliżona do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Różnice cenowe między jego ofertą a pozostałymi wynikają głównie z kosztów jakie ponoszą pozostałe firmy. Firma przystępującego, jak wcześniej pisał, jest w 100% samowystarczalna i niezależna, cała konstrukcja jest wykonana w jego zakładzie. Nadmienił także, iż takich zakładów o zbliżonych możliwościach produkcyjnych są trzy w Polsce i około 12 w całej Europie. Pozostałe firmy składające ofertę muszą bazować na innych rozwiązaniach technicznych lub też zakupić konstrukcje w firmie produkcyjnej o podobnym profilu produkcyjnym jak przystępujący, co zatem oczywiste jest, że mają przez to wyższe koszty wytworzenia.

W załączniku „Zakłady produkcyjne” przedstawił zaplecze maszynowe jego dwóch zakładów produkcyjnych, co jego zdaniem uwiarygadnia jego konkurencyjność i możliwości produkcyjne.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 7 lutego 2024 r. poinformował o wyborze oferty FKD EMPLOYEES jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 12 lutego 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę tego 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 treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyżej wymienione regulacje wskazują zatem na obowiązek odrzucenia w postępowaniu takiej oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) lub też, jak stanowi

przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi rozwinięcie poprzedniego przepisu precyzując, że takie odrzucenie (czyli odrzucenie, za rażąco niską cenę w ofercie) dotyczy po pierwsze wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a po drugie sytuacji, w której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym z przepisów ustawy Pzp wynika, że odrzuceniu podlega nie tylko oferta, w której bezsprzecznie stwierdzono, bez żadnych wątpliwości, zaniżenie ceny w sposób rażący, ale również oferta w dwóch dalszych sytuacjach (opisanych w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, które zostały zrównane z sytuacją istnienia w ofercie rażąco zaniżonej ceny) tj. jeśli wezwany wykonawca nie złoży wyjaśnień lub gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (a zatem są nierzetelne, niepełne, nie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania, itd.). Innymi słowy sytuacja prawna wykonawcy, który nie odpowiedział w dostatecznym stopniu na wezwanie zamawiającego jest tożsama do sytuacji takiego podmiotu, który zaoferował w postępowaniu cenę rażąco niską.

Powyższe związane jest z tym, że decyzja o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, zapada każdorazowo po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez danego wykonawcę w postępowaniu. Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami doprowadzi zamawiającego do wniosku, że podana w ofercie cena lub koszt są rażąco zaniżone tj. za daną cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia lub też, jeśli dany wykonawca nie udzieli stosownych wyjaśnień w wyznaczonym terminie - zamawiający zobligowany jest taką ofertę odrzucić.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy stosownego wezwania, jeśli zajdą wymienione w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, a także biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwaniami w tym piśmie sformułowane.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę na treść przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, w którym mowa jest o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a więc sprowadzać się do przekazania ogólnych informacji o działalności wykonawcy lub deklaracji co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, ale muszą być poparte stosownymi wyliczeniami i dowodami, które jednoznacznie wskazywały będą na realność i rynkowość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie to okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, a także w jaki sposób i w jakim stopniu okoliczności te wpłynęły na możliwość obniżenia ceny.

Zwrócić też należy uwagę, że prowadzenie postępowania wyjaśniającego w przedmiocie domniemania rażąco niskiej ceny nie może naruszać zasad określonych w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający może zatem prosić wykonawcę o złożenie wyjaśnień dodatkowych tj. kolejnych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Takie działanie nie jest w ustawie Pzp co do zasady zakazane, jednakże może być stosowane wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca wezwany do pierwszych wyjaśnień składa rzeczowe i konkretne wyjaśnienia i dopiero analiza tychże szczegółowych wyjaśnień, zawierających odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego, prowadzi do nowych wątpliwości, bądź konieczności ich doprecyzowania lub wyjaśnienia. Z pewnością instytucja wezwania uzupełniającego nie może być stosowana przez zamawiającego do „ratowania” wykonawcy, czy wielokrotnego dopytywania wykonawcy o to samo, w sytuacji gdy ten w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie składa szczegółowych, rzetelnych, konkretnych i pełnych wyjaśnień.

Powyższy pogląd należy uznać za utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie odnosiła się do sposobu prowadzenia procedury wyjaśniającej. Dla przykładu przywołać należy choćby wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 220/22, w którym stwierdzono: Zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach. Podobnie Izba orzekła w wyroku KIOz dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 125/22): W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprowadził w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.

Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, a mianowicie z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wprost wynika obowiązek załączenia do wyjaśnień dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub

kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Odnosząc powyżej wskazane przepisy i zasady do okoliczności ustalonych w rozpoznawanej sprawie, Izba w pierwszej kolejności dostrzegła, że w sprawie zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp gdyż, jak stwierdził zamawiający w treści wezwania, cena całkowita oferty przystępującego była niższa o 32,34% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 39,74% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. W konsekwencji ciężar dowodu tj. wykazania, że cena zaoferowana przez przystępującego w postępowaniu nie jest rażąco niska - spoczywał na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy.

Stąd też, w ocenie Izby, kluczowa dla oceny zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, była ocena sposobu udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny przez przystępującego. Ocena taka w tym przypadku musiała z kolei doprowadzić do wniosku, że złożone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia, stanowiły w istocie zbiór ogólnych, nie popartych żadnymi dowodami deklaracji jak też, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca w ogóle nie udzielił odpowiedzi na jednoznaczne, skierowane do niego pytania w zakresie odnoszącym się do kosztów pracy.

Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego prezentowanym na rozprawie, że istotnym w procedurze oceny wyjaśnień wykonawcy jest treść wezwania zamawiającego, jednakże w niniejszej sprawie zamawiający w piśmie z 17 stycznia 2024 r. (pierwsze wezwanie do wyjaśnień) jednoznacznie sprecyzował w jakim zakresie ich oczekuje. Lektura treści wezwania prowadzi do wniosku, że zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia szczegółowej kalkulacji elementów przedmiotu zamówienia, podając i opisując w 23 pozycjach jakich elementów ta ma dotyczyć. Zamawiający wyartykułował także jakie informacje mają być przedstawione w zakresie kosztów pracy. Nie tylko, jak twierdził przystępujący, miał on podać jaki udział kosztów w poszczególnych elementach składowych ceny ofertowej stanowią koszty pracy, ale także przedstawić kalkulację tych kosztów w zakresie wymienionych przez zamawiającego elementów lub wyjaśnić jak koszty pracownicze zostały ujęte w ofercie i jakie mają przełożenie na kalkulację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Powyższa treść wezwania określała zatem niezbędny zakres, w jakim przystępujący miał obowiązek złożyć swoje wyjaśnienia.

Ponadto, w piśmie skierowanym do przystępującego przytoczone zostały także aspekty, wynikające z treści art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, które zostały wprowadzone jedynie wymienione, jednakże co nie ulega zdaniem Izby wątpliwości, wykonawca miał do powyższych co najmniej się odnieść. Odniesienie się do nich nie miało jednak sprowadzać się do złożenia samych oświadczeń czy deklaracji, że przystępujący aspekty te wziął pod uwagę, kalkulując cenę swojej oferty czy też, że stawki pracowników są wyższe od minimalnej krajowej, ale przedstawić w tym zakresie szczegółową kalkulację pokazującą, w jaki sposób wyliczył w tym zamówieniu koszty pracy. Wynikało to bezspornie z treści pytań sformułowanych w piśmie z 17 stycznia 2024 r. Zamawiający zaznaczył także, że oczekuje od wykonawcy dowodów, które obok głosłownej argumentacji będą potwierdzały twierdzenia czy też kalkulacje przedstawione przez FKD EMPLOYEES.

W ocenie Izby złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia z 22 stycznia 2024 r. nie mogą zostać uznane za wystarczające, w świetle treści wezwania skierowanego do przystępującego w dniu 17 stycznia 2024 r. W szczególności należy podzielić stanowisko odwołującego, który w treści odwołania zauważył, iż przystępujący nie odpowiedział na powyższe wezwanie i nie zastosował się ściśle do wytycznych zamawiającego. W szczególności w treści złożonego pisma nie sposób odnaleźć oczekiwanych kalkulacji kosztów pracowniczych. Wbrew temu, co twierdzi przystępujący, samo podanie kwoty, która miała pokazywać jaki jest udział kosztów pracowniczych w danej pozycji, nie może być uznane jako odpowiedź na wezwanie do przedstawienia kalkulacji. Zresztą w zakresie wszystkich wymienionych pozycji nie tyle można mówić o szczegółowych kalkulacjach, jakich przecież zamawiający oczekiwał w zakresie każdej pozycji, ale o podaniu określonej kwoty za jaką wykonawca ten zamierzał zrealizować poszczególne zakresy tego zadania. Całość przedłożonych przez przystępującego wyjaśnień, złożonych w piśmie z 22 lutego 2024 r.,

należy ocenić jako zbiór ogólnych, nie popartych żadnymi dowodami deklaracji, że możliwe jest wykonanie zamówienia za podaną przez niego w ofercie cenę. Brak jest w treści złożonych wyjaśnień takich wyliczeń, które pozwalałyby ustalić w jaki sposób i opierając się na jakich podstawach i założeniach, wykonawca ten wycenił swoją ofertę na poziomie zadeklarowanym w Formularzu oferty. Przypomnieć należy w tym miejscu, że zamawiający wskazał w treści wezwania, że oczekuje od wykonawcy takiej kalkulacji, która pozwoli mu na ustalenie, że cena skalkulowana za całość zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Z kolei zakres zamówienia opisano w sposób szczegółowy w pkt II SWZ, a szczegółowe rozbięcie na poszczególne elementy, które wykonawca miał wyliczyć, znalazły się w treści wezwania (opis robót - 23 pozycje).

Przystępujący ograniczył się w odpowiedzi z dnia 22 stycznia 2024 r. do podania ogólnych informacji odnośnie profilu działalności jego przedsiębiorstwa, doświadczenia jakie posiada w zakresie wykonywania konstrukcji drewnianych, potencjału osobowego. Wszystkie te elementy być może przekładają się na możliwość obniżenia ceny w tym postępowaniu, jednakże w żaden sposób z treści wyjaśnień nie wynika w jaki sposób wymienione wyżej okoliczności przekładają się na cenę ofertową. Jak wcześniej wskazano treść wyjaśnień musi być na tyle szczegółowa, aby pozwoliły one zamawiającemu na uznanie, że wykonawca dysponuje wyjątkowo sprzyjającymi warunkami, które dają mu możliwość wykonania zamówienia za tak niską cenę, jaką podał w swojej ofercie. Wykonawca FKD EMPLOYEES oprócz głoślownych twierdzeń odnośnie jego wieloletniego doświadczenia oraz znajomości przedmiotu zamówienia, deklaracji o tym, że dysponuje zespołem ludzi, którzy są zaangażowani w wykonywanie różnych projektów, nie podał w treści pisma żadnych konkretnych informacji w jaki sposób wymienione wyżej czynniki miałyby przełożyć się na możliwość obniżenia ceny, jakich pozycji miałyby to dotyczyć i w jakim zakresie wpływają one na cenę oferty jako całość. Jeśli, jak wyjaśniał przystępujący na rozprawie, ze względu na to, że posiada jedną z największych linii produkcyjnych do klejenia drewna w Europie i jedną z dwóch w Polsce i ten czynnik pozwala mu na uzyskanie określonych oszczędności to powinno to wynikać z treści pierwszych wyjaśnień. Przy czym, obok wyłącznie wskazania na ten czynnik powinien sprecyzować w jaki sposób ta okoliczność pozwala mu obniżyć cenę, w jakim zakresie i w jaki sposób czyni to wykonawcę konkurencyjnym w stosunku do innych podmiotów. Tych elementów w treści złożonych wyjaśnień z 22 stycznia 2024 r. i z 29 stycznia 2024 r. - zabrakło.

Zwrócić też należy ponownie uwagę na kwestie odnoszące się do zagadnień wynikających z przepisów art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. W treści wezwania z 17 stycznia 2024 r. zamawiający sformułował wymogi co do tego, że wyjaśnienia mają dotyczyć kwestii zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Sprecyzował także w jakim zakresie przystępujący powinien te koszty wyjaśnić a więc podać jaki udział kosztów w poszczególnych elementach składowych ceny stanowią koszty pracy oraz przedstawić ich kalkulację. W odpowiedzi na powyższe przystępujący wskazał jedynie kwotowo jaki udział mają koszty pracownicze w poszczególnych grupach robót, co nie sposób uznać za wystarczające w świetle pytania zamawiającego. Do podobnych wniosków doszedł zamawiający, zwrócił się bowiem do FKD EMPLOYEES pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., ponownie pytając o sposób wyliczenia kosztów pracowniczych, zawartych w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2024 r. Skierowane do przystępującego ponownie pytanie w tym samym przedmiocie naruszało przepisy ustawy Pzp, gdyż jak Izba zaznaczyła wcześniej zamawiający może poprosić wykonawcę o złożenie wyjaśnień dodatkowych tj. kolejnych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ale taka procedura jest dopuszczalna wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca wezwany do pierwszych wyjaśnień składa rzeczowe i konkretne wyjaśnienia i dopiero analiza tychże szczegółowych wyjaśnień, zawierających odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego, prowadzi do nowych wątpliwości, bądź konieczności ich doprecyzowania lub wyjaśnienia. Instytucja ta nie może być z kolei stosowana w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania, a zamawiający chcąc za wszelką cenę „ratować” ofertę tego podmiotu, ponownie dopytuje go o to samo. Z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w niniejszym postępowaniu. Tym samym należy stwierdzić, że już po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 stycznia 2024 r. zamawiający winien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty przystępującego, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia były ogólne, lakoniczne i nie odpowiadały na oczekiwania zamawiającego sformułowane w treści wezwania.

Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego

okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Tymczasem i w tym zakresie przystępujący nie dopełnił wymaganych przepisami ustawy Pzp obowiązków. W swoich wyjaśnieniach wykonawca ogranicza się do załączenia tabeli, w której prezentuje własne rozbicie ceny ofertowej na poszczególne zakresy robót. Nie sposób jednak tych wyliczeń uznać za kalkulację, jakiej oczekiwał zamawiający. Nie wynika z niej bowiem w jaki sposób przystępujący wyliczył w danej pozycji wskazaną kwotę i w konsekwencji dlaczego dla poszczególnych zakresów przyjął taką, a nie inną wartość.

Wskazać również w tym miejscu należy, że złożony na posiedzeniu jako dowód dokument w postaci kosztorysu, który przedstawia szczegółowe wyliczenia ceny ofertowej, nie może zostać wzięty pod uwagę z tego powodu, że przedmiotem oceny zamawiającego w zakresie realności zaoferowanej ceny są wyjaśnienia składane przez wykonawców w postępowaniu. Wszelkie dowody czy to załączane do pism procesowych, czy też składane na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, muszą być uznane za spóźnione z tego powodu, że nie były one znane zamawiającemu w dacie podejmowania przez niego decyzji o wyborze oferty czy też o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z powyższych powodów także inne dowody, przedłożone na posiedzeniu w postaci informacji o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego w innych, podobnych postępowaniach również nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę przy wydaniu niniejszego orzeczenia.

Po raz kolejny należy w tym miejscu zaznaczyć, że procedura wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny prowadzona jest przez zamawiającego. Jego rolą jest skierowanie do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia ceny oferty w sytuacji, gdy stwierdzi on, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. Z kolei wykonawca w odpowiedzi na takie wezwanie zobowiązany jest wyjaśnić, w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie określonych okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Kluczowe jest też, aby wykonawca udzielił odpowiedzi na szczegółowo sprecyzowane pytania zamawiającego.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisu sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, gdyż brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty. Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: „(...) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.”

Biorąc zatem pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego, w których zabrakło kluczowych elementów, o których wyjaśnienie zamawiający prosił, jak też z uwagi na to, że należy uznać je za ogólne, nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na zakres zamówienia, powyższe powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia złożone przez przystępującego, w rezultacie czego zaniechał odrzucenia jego oferty pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 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).

Przewodnicząca:.....