

WYROK

z dnia 27 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Katarzyna Paprocka

Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim iTYTAN Systemy Bezpieczeństwa Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakładu Ogólnobudowlanego M. S., S. S. Spółka cywilna z siedzibą w Gołdapi i wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMBUD T. P. z siedzibą w Białymstoku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3656/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Ogólnobudowlany M. S., S. S. Spółka cywilna z siedzibą w Gołdapi i wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMBUD T. P. z siedzibą w Białymstoku,

1.2. Odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakładu Ogólnobudowlanego M. S., S. S. Spółka cywilna z siedzibą w Gołdapi i wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOMBUD T. P. z siedzibą w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.),

1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim iTYTAN Systemy Bezpieczeństwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od zamawiającego – Rejonowego Zarządu Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim iTYTAN Systemy Bezpieczeństwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę tymczasowego obozowiska kontenerowego wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w Konieczkach, gm. Elk – postępowanie nr 71/RB”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 160-507958

W dniu 4 grudnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim iTYTAN Systemy Bezpieczeństwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum UNIBEP”, wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego, które polegały na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm w składzie: Zakład Ogólnobudowlany M. S., S. S. Spółka cywilna z

siedzibą w Goldapi i wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOMBUD T. P. z siedzibą w Białymstoku (zwani dalej jako „Konsorcjum S.”) pomimo, że Konsorcjum to nie wykazało, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,

2) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum S.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S. z powodu rażąco niskiej ceny pomimo tego, że Konsorcjum to było wezwane przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazało, że cena, jaką zaoferowało za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia, a także, że cena ofertowa Konsorcjum S. nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego (zarzut nr 1),

2) art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum S. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską, co uniemożliwi realizację przedmiotu postępowania przy spełnieniu wszelkich wymagań stawianych przez Zamawiającego w sposób prawidłowy (zarzut nr 2),

3) art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 3).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, odrzucenia oferty Konsorcjum S. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu, z pominięciem oferty Konsorcjum S. Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, a także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Konsorcjum UNIBEP wskazało na wstępie, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika szereg niekwestionowanych i niepodważalnych reguł, którymi cechować powinien się przebieg procedury wyjaśniającej w zakresie ceny rażąco niskiej. Jego zdaniem analiza wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S. wskazuje na rażący przypadek niesprostania przez wykonawcę wymaganiom stawianym na etapie obrony przed domniemaniem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący uważa, że obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowana ceny rażąco niskiej jest:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności),
- c) poparcie twierdzeń wykonawcy materiałem dowodowym.

Odwołujący podał, że Konsorcjum S. na wstępie udzielonych wyjaśnień odnosi się do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz poziomu średniej arytmetycznej złożonych ofert, poprzez referowanie do pojęcia „cen rynkowych” i twierdzi, że „średnia cena arytmetyczna cen pozostałych wykonawców to 71.202.161,74 złotych brutto, a cena ta jest wyższa aż o 55% od szacunków Zamawiającego. Tak duża rozbieżność świadczy o tym, że albo Zamawiający nie doszacował oferty, albo pozostali wykonawcy niepoprawnie przeanalizowali zadanie”. W ocenie Odwołującego Konsorcjum S. przypisuje sobie status podmiotu, który dzięki swoim szczególnym właściwościom i szczególnym kompetencjom był w stanie poprawnie przeanalizować dokumentację zamówienia i jako jedyny zaoferować rynkową cenę za wykonanie zamówienia. Takie kateryczne twierdzenie powinno być jednak poparte stosownymi dowodami, a nie jedynie gołosłownymi zapewnieniami, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Konsorcjum S. nie przedłożyło żadnego dowodu, który potwierdzałby „rynkowość” zaoferowanych przez niego cen a pośrednio zarzuca pozostałym uczestnikom przetargu brak odpowiedniej wiedzy i odpowiedniego doświadczenia, a w konsekwencji zaoferowanie cen pozbawionych przymiotu „rynkowości”. Odwołujący stanął na stanowisku, że dokonując oceny złożonych przez Konsorcjum S. wyjaśnień nie należy ignorować wyjątkowo znaczących różnic pomiędzy ceną zaoferowaną przez to Konsorcjum, a wyceną Zamawiającego oraz ofertami trzech pozostałych wykonawców. Dla Odwołującego czymś oczywistym jest to, że twierdzenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny jedynie w oparciu o różnice w wycenie nie jest twierdzeniem zasadnym, nawet jeśli te różnice są znaczne, ale w sytuacji, w której jeden spośród pięciu podmiotów (w tym Zamawiający) wycenia ten sam zakres zamówienia w sposób drastycznie odmienny (niższy o kilkadziesiąt procent), to należy oczekiwać, że wykonawca taki będzie w stanie wykazać prawidłowość swojej kalkulacji. Według Odwołującego treść sformułowanego przez Konsorcjum S. argumentu na temat „cen rynkowych” oraz złożone wyjaśnienia świadczą wyłącznie o tym, że Konsorcjum nie ma żadnego rozeznania w zakresie związanym z ustaleniem rzeczywistej wartości zamówienia i czynników wpływających na zmianę tej wartości, gdyby bowiem posiadało taką wiedzę, to dostrzegłoby, że średnia arytmetyczna czy też zbliżona rozpiętość cen ofertowych może świadczyć o istnieniu ceny rażąco niskiej, a nie wyjątkowości samego Konsorcjum.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że choć wyceny trzech wykonawców są wyższe od szacunków Zamawiającego, to nie jest prawdą, aby oferty tych wykonawców były zawyżone. Pomiedzy datą oszacowania wartości zamówienia, a samym wszczęciem postępowania mogła istnieć co najmniej 6-miesięczna przerwa, przy uwzględnieniu treści art. 36 ust. 1 ustawy PZP. Zważywszy zaś, że postępowanie trwało 4 miesiące, czas pomiędzy oszacowaniem budżetu Zamawiającego a okresem, w którym wykonawcy kalkulowali cenę ofertową, uległ przedłużeniu do ok. 10 miesięcy. Z doświadczenia życiowego wynika, że w tak długim czasie mogło dojść do zmiany warunków rynkowych związanych z kosztem zakupu materiałów lub kosztem usług, nie wspominając o kosztach związanych z zakontraktowaniem podwykonawców lub dostawców, a to oznacza, że cena ustalona początkowo przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert nie musi być już ceną rynkową. Z tego też powodu przepisy ustawy PZP rozróżniają pojęcie wartości szacunkowej zamówienia i kwoty na sfinansowanie zamówienia, co pozwala Zamawiającemu na weryfikację czy posiada on środki pozwalające na faktyczne sfinansowanie danego zamówienia. Z racji tego, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia pokrywa się z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, można wysnuć

wniosek, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania nie sprawdził czy wartość zamówienia nie ulegała zmianie, zaś jego wycena ustalona w dniu otwarcia ofert ma niewiele wspólnego z rzeczywistą wartością zamówienia. Oferty złożone przez pozostałych wykonawców, w tym samego Odwołującego, były do siebie zbliżone, a występujące między nimi różnice stanowiły konsekwencję naturalnej rywalizacji rynkowej, jednakże nie same różnice pomiędzy wyceną pozostałych wykonawców powinny skłonić Zamawiającego do wnikliwej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S. ale to, że oferta tego Konsorcjum odbiegała o ponad 44 % od średniej arytmetycznej wyliczonej w oparciu o pozostałe oferty. Zdaniem Odwołującego właśnie zbieżność w ofertach pozostałych wykonawców udowadnia, że to ci wykonawcy prawidłowo przeanalizowali treść dokumentacji zamówienia oraz wynikający z niej zakres obowiązków związanych z zawarciem i wykonaniem umowy o realizację zamówienia publicznego, w szczególności zaś uwzględnili różnice w cenach powstałe pomiędzy datą szacowania wartości zamówienia a dniem złożenia ofert. Jednocześnie sama różnica arytmetyczna nie świadczy o cenie rażąco niskiej, niemniej w takich sytuacjach, gdy jeden z wykonawców zaproponował nienaturalnie niską wycenę w swojej ofercie, powinien on się wykazać bardzo daleko idącą starannością w wyjaśnianiu swojej ceny ofertowej. Samo powoływanie się przez takiego wykonawcę na swoją wyjątkowość nie może być uznane za działanie wystarczające, jeżeli nie jest poparte obiektywnymi dowodami, natomiast instytucja zamawiająca jest zobligowana do poddania pozyskanych wyjaśnień szczegółowej analizie, a jak wynika z okoliczności przedmiotowego postępowania Konsorcjum S. nie przedstawiło prawidłowych wyjaśnień, a Zamawiający w sposób niewłaściwie je ocenił.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum S. Odwołujący stwierdził, że nie pozwalają ona na obalenie domniemania niskiej ceny ofertowej. Chociaż Zamawiający sformułował wezwanie do wykonawcy o dużym stopniu ogólności, ograniczając się w jego treści do zacytowania art. 224 ust. 3 pkt 1-8 ustawy PZP, to swoboda, jaką pozostawił Zamawiający Konsorcjum S., w żaden sposób nie umniejsza ciężarowi dowodzenia obciążającemu ten podmiot. Według Odwołującego skonstruowanie wezwania o treści ogólnej, nieodnoszącej się do konkretnych elementów wyceny oferty, generuje po stronie wykonawcy obowiązek wykazania kalkulacji całkowitej ceny ofertowej, zawierającej wszystkie elementy kosztotwórcze. Wynika z tego, że argumentacja Konsorcjum S. powinna być poparta dowodami i szczegółowa oraz rozwiewać wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do ceny całkowitej złożonej oferty. Zważywszy na profesjonalny charakter wykonawców mają oni bezwzględnie możliwość uzyskania wymaganych informacji i dowodów, w celu wykazania, że złożona przez nich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Udzielone przez Konsorcjum S. wyjaśnienia mają natomiast charakter wybitnie lakoniczny a podniesione argumenty nie wnoszą nic do sprawy i nie pozwalają na ich obiektywną ocenę przez Zamawiającego. Konsorcjum S. w swoich wyjaśnieniach odnosi się do błędów w obliczeniu ceny ofertowej, jakiego mieli dopuścić się pozostali wykonawcy, co jest argumentacją w całości błędną i świadczy o tym, że to Konsorcjum dokonało błędnego, niewłaściwego rozeznania treści dokumentów zamówienia. Niezależnie od tego kto ma rację argumentacja Konsorcjum S. w tym zakresie ma co najwyżej charakter polemiczny i w żadnym wypadku nie może stanowić potwierdzenia prawidłowości kalkulacji oferty Konsorcjum. Wyjaśnienia tego Konsorcjum nie zawierają żadnych merytorycznych wycen i kalkulacji oraz żadnych dowodów, choć dla wyjaśnienia i udowodnienia, że cena ofertowa nie została rażąco zaniżona, trzeba zaprezentować konkretne źródła pochodzenia kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. W ocenie Odwołującego cała treść wyjaśnień Konsorcjum S. bazuje na rzekomej analogii przedmiotu tego postępowania z dwoma innymi inwestycjami, natomiast twierdzenie o podobieństwie tych postępowań jest nadużyciem, albowiem analiza udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że Konsorcjum S. co najwyżej wyjaśniło Zamawiającemu, w jaki sposób zbudowana została cena ofertowa w dwóch innych postępowaniach, a nie w tym postępowaniu. Ponadto do wyjaśnień Konsorcjum nie został dołączony jakiegokolwiek dokument (np. uproszczony kosztorys) obrazujący sposób realizacji zamówienia, pomimo że Konsorcjum miało taką możliwość. Choć z uwagi na charakter zamówienia realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj przygotowanie szczegółowych kosztorysów jest utrudnione, to jednakże Konsorcjum S. w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na realizację bardzo podobnych inwestycji będących w toku, a więc kosztorysy dla tych inwestycji już od dawna istnieją i obrazują one faktyczny sposób realizacji zamówienia i związane z tym koszty. Według Odwołującego nie było żadnego problemu, aby na potrzeby wyjaśnień Konsorcjum S. przygotowało co najmniej uproszczony kosztorys związany z realizacją zamówienia, który zostałby następnie rozbudowany o elementy dla niego charakterystyczne, np. konieczność realizacji zadania na terenie podmokłym. Tego rodzaju dokument pozwoliłby Zamawiającemu na merytoryczną weryfikację złożonych wyjaśnień, natomiast Odwołującemu na ocenę zasadności skorzystania ze środka ochrony prawnej. Konsorcjum S. twierdząc, że nie może przedłożyć kosztorysów przeciwko samemu sobie – skoro bowiem realizuje podobne inwestycje, które mają dodatkowo uprawdopodobnić realność wyceny, to siłą rzeczy posiada też kosztorysy związane z ich realizacją, a tym samym nie było żadnych przeciwwskazań, aby przedłożyć je wraz ze składanymi wyjaśnieniami. Niezłożenie jakiegokolwiek kalkulacji, zwłaszcza biorąc pod uwagę zapewnienia Konsorcjum S. o doświadczeniu wynikającym z podobieństwa realizowanych aktualnie inwestycji, świadczy o wadliwości jego wyjaśnień i nie zasługuje ono na ochronę. Na skutek zaniechań Konsorcjum S. Zamawiający został pozbawiony jakiegokolwiek możliwości weryfikacji ceny ofertowej, ponieważ wyjaśnienia Konsorcjum opierają się jedynie na zapewnieniach i oświadczeniach, które nie mają żadnej mocy wiążącej, albowiem nie znajdują potwierdzenia w jakiegokolwiek dokumentach a tym samym nie uprawdopodobniają, że zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Odwołujący podał również, że Konsorcjum S. jako okoliczność przemawiającą za rzetelnością zaoferowanej wyceny powołało się na realizację 2 innych inwestycji w Orzyszu (tu: tabela w odwołaniu). Według Odwołującego wskazywanie przez konkurencyjne Konsorcjum na te 2 inne inwestycje ma na celu tylko i wyłącznie przekonanie Zamawiającego o rzetelności i rynkowości ceny na zasadzie bardzo prostych porównań, które mają niewiele wspólnego z rzeczywistym sposobem przyszłej realizacji zamówienia, a czego właśnie powinny tak naprawdę dotyczyć wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej. Odwołujący wskazał też na różnice pomiędzy zadaniami wymienionymi w wyjaśnieniach, a przedmiotowym postępowaniem, które według jego oceny w istotny sposób wpływają na brak podstaw do stawiania znaku równości pomiędzy tymi trzema zadaniami, a które sprowadzają się m. in. do następującego zakresu:

- a) niezbędne jest zrealizowanie nie tylko dostawy i montażu 2 hal modułowych, ale także wykonanie utwardzenia terenu pod te hale, a także parkingu dla samochodów (co generuje chociażby koszty związane z zakupem płyt drogowych, transportu z rozładunkiem, montażu, a także wykonania podsypki cementowo-piaskowej),
- b) wybrany wykonawca zobligowany będzie do ogrodzenia obozowiska (zadania wskazane w wyjaśnieniach Konsorcjum S. realizowane były na terenie jednostki i ewentualny wymóg budowy ogrodzenia obejmował co najwyżej kontenery podlegające specjalnej ochronie),
- c) występujący w przypadku przedmiotu tego postępowania teren podmokły generuje konieczność wymiany gruntu, posadowienia na palach czy zastosowanie innego kosztownego rozwiązania,

d) dodatkowe koszty generuje konieczność wykonania drogi dojazdowej,

e) dalsze dodatkowe koszty związane są wymogiem wykonania przyłączy sanitarnych do sieci miejskich oddalonych ponad 300 m.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Konsorcjum S. w wyjaśnieniach złożyło szereg ogólnikowych oświadczeń, które nie mają najmniejszego znaczenia z punktu widzenia oceny prawidłowości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie wynika z nich nic konkretnego, czego nie można byłoby przypisać do pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Celem procedury wyjaśniającej jest przedstawienie szczegółowego i konkretnego uzasadnienia tak, aby wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że cena nie jest rażąco zaniżona, natomiast oświadczenia złożone przez Konsorcjum S. są całkowitym tego zaprzeczeniem i stanowią egzemplifikację wyjaśnień lakonicznych i ogólnych. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 499/15 i stwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez jego konkurenta stanowią swoistą „beletrystykę”, o której Izba wspomniała w tym wyroku. Odwołujący wskazał również, że tam, gdzie Konsorcjum S. przedstawia w swoich wyjaśnieniach dane liczbowe odnoszące się do już wykonywanych zadań, nie ma to żadnego znaczenia dla oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ ceny zakontraktowania materiałów lub podwykonawców we wcześniej zrealizowanych zamówieniach mogły ulec zmianie, a poza tym dotyczą one przedmiotu zamówienia realizowanego w normalnych warunkach terenowych, czyli odmiennych od tych występujących w przedmiotowym postępowaniu, gdzie jak wynika wprost z OPZ teren jest bagienny, podmokły.

Odwołujący zaznaczył też, że obowiązkiem Konsorcjum S. było przedłożenie stosownych dowodów odnoszących się do tego konkretnego postępowania i do ceny ofertowej zaproponowanej przez Konsorcjum. Obowiązkiem Konsorcjum S. było wykazanie, że na dzień złożenia ofert, z uwagi na okoliczności i uwarunkowania znane temu wykonawcy, było możliwe zaproponowanie tak niskiej ceny ofertowej, natomiast Konsorcjum to nie przedłożyło żadnego dowodu, który potwierdziłby, że ceny uzyskane w ramach wcześniejszych zadań będą nadal aktualne i dlatego też wyliczeń tych nie można uznać za potwierdzającą cenę ofertową. Odwołujący powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2023 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 359/23 i z dnia 15 maja 2023 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1191/23 wskazał, że w orzecznictwie Izby bezsporne jest, że każdorazowo wyjaśnienia składane na okoliczności prawidłowości ceny ofertowej muszą być poparte dowodami – co do doboru których wykonawca ma swobodę, ale co zarazem nie oznacza przyzwolenia na brak złożenia jakichkolwiek dowodów. Odwołujący zwrócił także uwagę na to, że Konsorcjum S. powołało się na posiadanie zewnętrznych źródeł finansowania, co pozwala mu na dokonywanie szybkich płatności i uzyskanie korzystnych cen od dostawców, nie przedstawiając także na tą okoliczność żadnych dowodów. Zdaniem Odwołującego jest to charakterystyczne dla większości wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia i w praktyce nie ma żadnego wpływu na ceny oferowane przez podwykonawców i dostawców, gdyż każdy dostawca wycenia wartość swoich dostaw lub usług na dzień złożenia oferty, a nie w ramach tzw. „spotęgowania skali”. Odwołujący spuentował swoje rozważania w ten sposób, że zważywszy na treść wyjaśnień oraz załączone do nich dowody Zamawiający powinien sam uznać, że Konsorcjum S. nie wywiązało się z obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy PZP, przez co doszło do ziszczenia się sytuacji opisanej w art. 224 ust. 6 ustawy PZP, a zatem oferta tego Konsorcjum powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Odwołujący uzasadnił również, że niezależnie od samej wadliwości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S. jego oferta powinna zostać odrzucona także z tego powodu, że za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum nie jest możliwe wykonanie zamówienia stanowiącego przedmiot tego postępowania. Tabela przygotowana przez Konsorcjum S. na potrzeby wyjaśnień dotyczy jedynie realizacji elementów głównych, nie uwzględnia zaś szeregu innych czynników kosztotwórczych, które wynikają z dokumentacji zamówienia oraz odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ. Jednocześnie Odwołujący przedstawił własne wyliczenie związane z realizacją zamówienia w porównaniu do wyceny zaproponowanej przez Konsorcjum (tu: tabela w odwołaniu). Choć według Konsorcjum S. kwota na wykonanie zakresu zamówienia wykraczającego poza ten zbieżny z przywołanymi w wyjaśnieniach inwestycjami w wysokości blisko 13 milionów złotych brutto jest wystarczająca, to w ocenie Odwołującego nie jest to zgodne z prawdą i z warunkami rynkowymi związanymi z realizacją podobnych zadań. Odwołujący uważa, że po odliczeniu pozostałych kosztów związanych z przygotowaniem projektu do wykorzystania zostaje kwota niespełna 11 milionów złotych, co przy skali i ilości robót pozostałych do wykonania jest kwotą niewystarczającą. Z treści OPZ, PFU jak i pytań i odpowiedzi do dokumentów zamówienia wynika, że oprócz głównych elementów do wykonania pozostaje szereg innych prac, robót i dostaw (tu: cytowane postanowienia PFU na str. 18-22 odwołania). Zdaniem Odwołującego nie można stwierdzić, iż pozostały do zrealizowania w ramach zamówienia zakres jest niebagatelny. Odwołujący zaprezentował własne zestawienie cenowe związane z realizacją pozostałych elementów zadania, które nie zostały w żaden sposób uwzględnione w tabeli przedstawionej w wyjaśnieniach przez Konsorcjum S.:

- wyposażenie kontenerów – kwota ok. 863 839 zł 00 gr brutto,
- zakup i dostawa dwóch hal modułowych wraz z wyposażeniem kwaterunkowym – kwota ok. 969 762 zł 00 gr brutto,
- wykonanie przyłączy sanitarnych do sieci miejskiej oraz wykonania sieci sanitarnych na samym terenie obozowiska – kwota ok. 2 214 000 zł 00 gr brutto,
- wykonanie obwodnicy-ogrodzenia obozowiska – kwota ok. 326 598 zł 70 gr brutto,
- wykonanie utwardzenia terenu pod hale modułowe (60+90) m² oraz parking dla samochodów – kwota ok. 135 390 zł 00 gr brutto,
- wykonanie drogi dojazdowej z nawierzchni betonowej ok. 9 300 m² – kwota ok. 2 587 967 zł 00 gr brutto
- wymiana gruntu, posadowienie na palach lub płycie betonowej (na terenie podmokłym) – kwota ok. 4 132 800 zł 00 gr brutto,
- koszty zakupu materiałów (tu: tabela na str. 23 odwołania) – kwota ok. 12 656 700 zł 00 gr brutto.

Przy uwzględnieniu szacunków Odwołującego poza pracami przedstawionymi przez Konsorcjum S. w tabeli zawartej w wyjaśnieniach (w pkt od 1 do 6) konieczne jest wykonanie robót, których koszt przekroczy kwotę 23 887 056 zł 70 gr brutto. Choć odwołujący zdaje sobie sprawę, że zaprezentowane kwoty są jego własnymi wyliczeniami, które nie muszą się odnosić do każdego z wykonawców, to w tym konkretnym przypadku chodzi o niedoszacowanie – związane tylko i wyłącznie z wykonaniem samych robót, dostaw i usług – wynosi ponad dwukrotność kwoty, jaką Konsorcjum S.

zarezerwowało na wykonanie pozostałych elementów zamówienia (tj. kwota 11 000 000 zł 00 gr). Zdaniem Odwołującego przedstawiona przez niego wycena jest miarodajna i pozwala stwierdzić (nawet mając na uwadze rozbieżności związane z szacowaniem ceny ofertowej), iż cena ofertowa zaproponowana przez Konsorcjum S. jest niewystarczająca do zrealizowania zamówienia.

W odniesieniu do zakazu powtórnego wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej Odwołujący stanął na stanowisko, że w przedmiotowej sprawie nie zmaterializowały się jakiegokolwiek podstawy do wezwania Konsorcjum S. do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest dopuszczalne powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co ma miejsce zwłaszcza w przypadku, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej i powołał się przy tym na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2637/18 i z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 431/19. Według Odwołującego zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień wywnioskować można z art. 224 w zw. z art. 16 ustawy PZP. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji Odwołujący uznaje ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem jego zdaniem nie można przyjmować, że działaniem poprawnym byłoby dowolne i nieograniczone wzywianie wykonawców przez Zamawiającego do składania wyjaśnień. Zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione, gdyż niesie ze sobą ryzyko szerokich nadużyć, w tym potencjalnego faworyzowania określonego grona wykonawców oraz nieuzasadnionego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia. W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że jego konkurent nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień oraz dowodów na obalenie domniemania ceny rażąco niskiej, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającej, które zgłosiło Konsorcjum S. Zostało ono zgłoszone w przewidzianym ustawą terminie oraz w wymaganej przepisami prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania i uczestnika postępowania, a także uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu w dniu 20 grudnia 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w jego piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z:

- dwóch zestawień tabelarycznych złożonych przez Odwołującego na rozprawie,
- oferty cenowej AM/219/2023,
- oferty cenowej AM/220/2023,
- oferty cenowej GI/400/2023,
- oferty cenowej 2023/08/0856,
- oferty cenowej TS 6342/2023,
- oferty cenowej nr 01/ORZYSZ/2023,
- kopii oferty z dnia 18 października 2023 r.,
- kopii oferty TS 5421/2023,
- kopii umowy z dnia 30 listopada 2023 r. (2 sztuki).

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, którym jest Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę tymczasowego obozowiska kontenerowego wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w Konieczkach, gm. Elk – postępowanie nr 71/RB”.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlano-montażowych po uprzednim opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorsowej dla budowy tymczasowego obozowiska kontenerowego wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w miejscowości Konieczki w gminie Elk.

W ramach zamówienia należy wykonać dokumentację projektowo-kosztorsową wraz

z uzyskaniem stosownych decyzji administracyjnych i uzgodnień pozwalających na realizację robót budowlanych, realizację robót budowlano-montażowych zgodnie z przyjętą dokumentacją budowlaną. Opracowania projektowe należy wykonać z podziałem na:

- część niejawną o klauzuli „Zastrzeżone” – Projekt Zagospodarowania Terenu z ujęciem infrastruktury podziemnej (sieci

i przyłączy do obiektu), w tym kanalizacji teletechnicznej, projekt techniczny branży teletechnicznej dotyczący systemów teleinformatycznych i systemów alarmowych,

- część jawną – w zakresie dotyczącym pozostałych opracowań projektowych (bez projektowanej Infrastruktury teleinformatycznej i systemów alarmowych).

Szczegółowo przedmiot zamówienia opisano w Załącznikach nr 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 do SWZ.

Oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców:

- 1) Konsorcjum S. na kwotę 34 390 800 zł 00 gr,
- 2) Konsorcjum UNIBEP na kwotę 60 707 745 zł 23 gr,
- 3) Konsorcjum firm: FADBET Spółka Akcyjna z siedzibą w Białymstoku i STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na kwotę 74 870 000 zł 00 gr,
- 4) wykonawca ANATEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku na kwotę 78 028 740 zł 00 gr.

W dniu 7 listopada 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał Konsorcjum S. do wyjaśnienia treści oferty, wskazując że przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 45 865 723 zł 38 gr brutto, średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 61 999 321 zł 31 gr brutto, natomiast oferta Konsorcjum S. została złożona na wartość 34 390 800 zł 00 gr brutto i jest niższa o 44,53 % w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu.

W związku z tym, że zaoferowana przez to Konsorcjum cena jest rażąco niska w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem świadczonych usług,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 3) oryginalności usług 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 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.

W odpowiedzi z dnia 16 listopada 2023 r. na wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty w kontekście zaoferowania rażąco niskiej ceny Konsorcjum S. wskazało, że zaoferowana cena jest wynikiem wnikliwej analizy przedmiotowego zadania i gwarantuje jego wykonanie w sposób optymalny. Konsorcjum S. podniosło, że zaoferowana cena jest niższa o 25 % od kwoty, którą na realizację przedmiotowego zamówienia przeznaczył Zamawiający, tj. 45 865 723 zł 38 gr brutto, a przy tym średnia arytmetyczna cen pozostałych wykonawców to 71 202 161 zł 74 gr brutto i jest ona wyższa aż o 55 % od szacunków Zamawiającego. Tak duża rozbieżność świadczy o tym, że albo Zamawiający nie doszacował oferty, albo pozostali wykonawcy niepoprawnie przeanalizowali zadanie. Jako wykonawca, który realizuje w obecnym czasie 2 bliźniacze do przedmiotowego zadania w Orzyszu: zadanie nr 35313 i nr 35326, Konsorcjum S. przytoczyło kilka faktów, które jego zdaniem świadczą o tym, że to pozostali wykonawcy przeszacowali wartość zadania:

- 1) w dniu 10 listopada 2023 r. w ramach zadania nr 35313 i nr 35326 odbyło się spotkanie KOPI, którego efektem był pozytywny odbiór dokumentacji, dokumentacja została złożona w terminie, na etapie projektowania potwierdziły się wcześniejsze założenia wykonawcy, przyjęte na etapie składania ofert na przedmiotowe zadania,
- 2) razem z dokumentacją złożone zostały kosztorysy ofertowe na zaprojektowane zakresy, które udowodniły, że wykonanie zadań w przyjętych technologiach i zakresach jest możliwe w oferowanej cenie – w kosztorysach przyjęte zostały następujące czynniki cenotwórcze:
 - a) stawka roboczogodziny – 36 zł
 - b) koszty pośrednie – 80 %
 - c) koszty zakupu – 16 %
 - d) zysk – 18 %

3) wykonawca podpisał umowy na dostawy kontenerów na obydwa zadania, łączny koszt wszystkich kontenerów (po ok. 10 000 000 zł 00 gr brutto na zadanie) nie przekroczył założeń poczynionych na etapie przygotowania ofert,

4) wykonawca zakupił hale mobile, 4 sztuki na zadanie nr 35326 i 2 sztuki na zadanie nr 35313, w cenie 630 000 zł 00 gr netto za sztukę, cena ta również nie przekroczyła założeń do oferty,

5) wykonawca zamówił załącza CTOS i RJ field na zadania nr 35313 i nr 35326 w cenie po 3 000 000 zł 00 gr brutto na zadanie, co również nie było sprzeczne z przyjętymi założeniami cenowymi,

6) na zadania nr 35313 i nr 35326 wykonawca zamówił 2800 sztuk płyt MON 1,5 x 3,0 m w cenie 623 zł 00 gr netto za 1 sztukę, cena i liczba sztuk również zgodziła się z wstępną ofertą złożoną do przetargu.

Konsorcjum S. wskazało, że pełną świadomość, że rzeczowa i wnikliwa analiza zadania, określenie wstępnych ilości oraz cen materiałów, a także przewidzenie odpowiednich technologii, jest krytyczne do określenia odpowiedniej ceny, która z jednej strony zapewni zysk wykonawcy, a z drugiej umożliwi wykonanie zadania w sposób oczekiwany przez inwestora. Przedstawione fakty dotyczące realizacji zadań nr 35313 i nr 35326 w Orzyszu, jednoznacznie dowodzą, że

wykonawca dysponuje doświadczoną kadrą specjalistów, która potrafi w skuteczny sposób przeanalizować, wycenić i zrealizować inwestycję.

Ponadto Konsorcjum S. wskazało, że na chwilę obecną nie jest w stanie przedstawić kosztorysu ofertowego robót, gdyż nie powstał jeszcze projekt obozowiska, ale jest w stanie przedstawić poniżej tabelaryczne zestawienie wartościowości elementów generujących główne koszty na zadaniach w Orzyszu i na zadaniu przedmiotowym:

Lp.	Element	j.m.	Orzysz61 RB - 35313		Orzysz61 RB - 35326		Elk 71 RB	
			liczba j.m.	koszt brutto	liczba j.m.	koszt brutto	liczba j.m.	szacowany koszt brutto
1	Kontenery	szt.	128	9801378,00 zł	144	10322738,00 zł	129	10000000,00 zł
2	Hale mobilne 24x24	szt.	4	3099600,00 zł	2	1549800,00 zł	3	2400000,00 zł
3	Płyty MON	szt.	1100	842919,00 zł	1700	1302693,00 zł	2000	1600000,00 zł
4	Złącza CTOS i RJ field	szt.	420	3043478,26 zł	408	2956521,74 zł	420	3100000,00 zł
5	Niwelacja terenu	m2	17000	627300,00 zł	17000	627300,00 zł	20000	1400000,00 zł
6	Wzmocnienie gruntów oraz podbudowy	m2	17000	2091000,00 zł	17000	20091000,00 zł	20000	3000000,00 zł
Razem koszt brutto			-	19505675,26 zł	-	18860052,74 zł	-	21500000,00 zł
Cena ofertowa brutto			-	31734000,00 zł	-	3296400,00 zł	-	34390800,00 zł

Według Konsorcjum S. z tego zestawienia wynika, że analizowane trzy zadania są robotami o bardzo zbliżonym zakresie i mogą być w sposób wiążący porównane. Główne koszty generują elementy o znanych wykonawcy cenach i ilościach. Różnica między ceną ofertową brutto, a szacowaną ceną głównych elementów to ok. 13 000 000 zł 00 gr. Kwota ta zawiązką wystarczy do wykonania wszystkich niezbędnych robót pozostałych z zagwarantowaniem efektu oczekiwanego przez inwestora, bez strat finansowych dla wykonawcy.

Poza przeprowadzaniem wnikliwej analizy zadania Konsorcjum S. jest w stanie oferować atrakcyjne ceny wykonania robót również z innych powodów. Jako wykonawca posiadający znaczne doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, również dla podmiotów związanych z obronnością, na przestrzeni lat znając specyfikę prowadzenia robót na terenach wojskowych wypracował procesy zarządzania inwestycjami, które generują znaczące oszczędności. Podobnie sytuacja ma się w zakresie samego prowadzenia przedsiębiorstwa. Brak rozbudowanej administracji, wypracowane mechanizmy związane z pozyskiwaniem osób odpowiedzialnych za prowadzenie kontraktów, czy podział administracyjny terenu kraju, będący w jego zainteresowaniu, na poszczególne osoby związane z wykonawcą, umożliwił mu wygenerowanie znacznych oszczędności, które w dalszej kolejności objawiają się w możliwości zaoferowanie korzystnej ceny gwarantującej również osiągnięcie planowanego zysku.

Prowadzona firma jest samowystarczalna i dysponuje własną bazą sprzętową oraz osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Same sprzęty i maszyny są niewyeksplloatowane, co także nie pozostaje bez wpływu na koszty prowadzenia działalności czy koszty wykonania tego konkretnego przedmiotu umowy. Wykonawca posiada również zasoby finansowe, które pozwalają mu nie korzystać z zewnętrznych źródeł finansowania, co także wpływa na oferowaną cenę, albowiem dokonywanie szybkich płatności pozwala na uzyskanie od poszczególnych dostawców lepszych cen transakcyjnych. Poza tym realizacja trzeciego, takiego samego zadania, spotęguje tylko zachodzący już efekt skali i pozwoli mu osiągnąć jeszcze lepsze ceny za materiały bądź usługi. Wykonawca podkreślił, że w pełni przestrzega postanowień przepisów o minimalnym wynagrodzeniu czy minimalnej stawce godzinowej. Ponadto terminowo uiszcza zobowiązania publicznoprawne, co jego zdaniem nie pozostaje bez wpływu na ocenę opłacalności prowadzonej działalności. Realizował także szereg inwestycji na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury i nie zdarzyło się, aby wygenerował wcześniej stratę kontraktową. Dodał, że zna doskonale specyfikę prac i wie jakie trudności realizacyjne mogą go spotkać oraz w jaki sposób można przyspieszyć wykonywanie inwestycji optymalizując tym samym koszty

Następnie w dniu 21 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowanie, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum S., której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający uzasadnił, że wybrany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega on wykluczeniu z postępowania, złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i zarazem przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 20 grudnia 2023 r. oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 224 ust. 1 ustawy PZP – według którego 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. 224 ust 5 ustawy PZP, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy,
- art. 224 ust. 6 ustawy PZP – w świetle którego 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 8 ustawy PZP – który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 239 ustawy PZP – zgodnie z którym ust. 1: zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, natomiast w myśl ust. 2: najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem,
- art. 16 ustawy PZP (zarzut wynikowy) – który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że podniesione przez Odwołującego w jego środku ochrony prawnej zarzuty znalazły potwierdzenie w materiale zgromadzonym w sprawie. W szczególności za uzasadniony Izba uznała zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał analizy treści wyjaśnień Konsorcjum S. z dnia 16 listopada 2023 r. uznając bezpodstawnie, że wykonawca ten swoimi wyjaśnieniami w pełni ustosunkował się do wezwania Zamawiającego i że w ten sposób obalili domniemanie rażącego zaniżenia swojej ceny ofertowej. Wbrew stanowisku Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wyjaśnienia te nie mogą zostać uznane przez Izbę za konkretne, staranne, rzetelne i należyście udokumentowane, a tym samym za uzasadniające realność zaoferowanej ceny.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że zwykła analiza treści udzielonej na wezwanie Zamawiającego odpowiedzi jednoznacznie wskazuje na to, iż jest ona fragmentaryczna i jedynie wybiórczo odnosi się do zagadnień szczegółowych, których wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający. Brak jest w niej w szczególności merytorycznego odniesienia się do:

- zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy – Konsorcjum S. tylko ogólnikowo powołało się, że na podobnej, jego zdaniem, inwestycji w Orzyszu realizowało zamówienie przy stawce roboczogodziny 36 zł / godz. oraz że „w pełni przestrzega postanowień przepisów o minimalnym wynagrodzeniu czy minimalnej stawce godzinowej”, co nie można uznać za wystarczające wyjaśnienia bez wskazania bardziej konkretnych informacji dotyczących struktury zatrudnienia i liczby osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia,
- zgodności oferty z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – w wyjaśnieniach nie ma żadnych informacji na ten temat,
- zgodności oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego – tutaj również wyjaśnienia milczą na ten temat,
- zgodności oferty z przepisami z zakresu ochrony środowiska – wykonawca nie zaprezentował kompletnie żadnych informacji w tym zakresie.

Po drugie Konsorcjum S. w swoich wyjaśnieniach konsekwentnie powołuje się na realizację dwóch podobnych inwestycji na rzecz tego samego Zamawiającego w Orzyszu (zadania nr 35313 i nr 35326), co w jego ocenie przełożyło się na możliwość przewidzenia przez jego doświadczoną kadrę specjalistów mniejszych niż inni wykonawcy nakładów na realizację przedmiotowego, niemal bliźniaczego zamówienia, a co zarazem miałyby świadczyć o tym, że mógł on poczynić odpowiednie oszczędności, a to jego konkurenci przeszacowali wartość tego zadania oferując zawyżone ceny. Wykonawca ten jednak poza przytoczeniem, że w ramach tamtej inwestycji musiał nabyć za określone ceny kontenery, hale mobilne, złącza CTOS i RJ field oraz płyty MON, nie podaje żadnych innych konkretnych informacji dotyczących warunków wykonania tamtych dwóch zadań, które mogłyby świadczyć o tym, że budowa obozowiska w Konieczkach, które musiałby zrealizować w ramach przedmiotowego zadania, wykazuje aż tak daleko idące podobieństwa pozwalające na bezpośrednie porównanie i niemal automatyczne odniesienie do siebie tych trzech inwestycji. W ocenie Izby takie podejście do wyjaśnień ceny oferty jest nieuprawnione, albowiem nie są znane szczegółowe warunki zamówienia w tamtych dwóch przetargach i czy da się je – jeden do jednego – przenieść na zadanie w Konieczkach. Konsorcjum S. nie udowodniło tych dużych zbieżności pomiędzy trzema inwestycjami, które miały mu pozwolić na skalkulowanie ceny ofertowej znacznie poniżej cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Choć powołało się ono, że w ramach tamtych dwóch inwestycji wraz z dokumentacją złożyło już kosztorysy ofertowe na zaprojektowane zakresy, to do wyjaśnień w tym postępowaniu nie załączyło żadnych kosztorysów, choćby uproszczonych. Rację ma przy tym Odwołujący, że skoro według własnych twierdzeń uczestnika postępowania odwoławczego tamte zadania są aż tak bardzo podobne do przedmiotowego zadania a uczestnik złożył już tam kosztorysy, to nie powinno mu nastęrczać trudności oszacowanie niezbędnego zakresu prac i przedstawienie podobnych uszczegółowionych wycień także w tym postępowaniu. Dotychczasowy brak projektu obozowiska nie może być tego żadnym wytłumaczeniem, skoro uczestnik postępowania tak konsekwentnie powołuje się na swoje wcześniejsze doświadczenia w budowie innych obozowisk i tożsamość warunków realizacji tych inwestycji. Uczestnik postępowania musiał przecież już jakoś oszacować niezbędny zakres prac, skoro na str. 3 swoich wyjaśnień podał kwotę 13 milionów złotych, która ma stanowić różnicę pomiędzy ceną ofertową brutto a szacowaną ceną elementów głównych wymienionych w opracowanej przez niego tabeli. Wątpliwości Izby wzbudza przy tym wskazanie w treści wyjaśnień, że w ramach wykonania zadań w Orzyszu Konsorcjum S. przyjęło w kosztorysach robót czynniki cenotwórcze w postaci kosztów pośrednich – 80 %, kosztów zakupu – 16 % i zysku – 18 %. Zsumowanie podanych wartości procentowych nie daje jedności (100 %), co podważa prawidłowość, a tym samym rzetelność kalkulacji wykonawcy i niemożność jej odniesienia do sposobu skalkulowania ceny w przedmiotowym postępowaniu.

Po trzecie, oprócz braku wszechstronnej i kompletnej odpowiedzi na treść wezwania Zamawiającego oraz nieuprawnionego porównywania warunków przedmiotowego zadania z warunkami zadań realizowanych w Orzyszu, wyjaśnienia Konsorcjum S. należy uznać za sformułowane w sposób lakoniczny i nieprezentujące żadnej konkretnej treści. Wykonawca ten nie wypełnił swojego obowiązku udzielenia szczegółowych wyjaśnień i choć wskazuje na takie czynniki cenotwórcze jak wypracowane procesy zarządzania inwestycjami generujące oszczędności, brak rozbudowanej administracji, niewyekspluowaną bazę sprzętową, sposób pozyskiwania osób odpowiedzialnych za zarządzanie kontraktami, czy nawet na sam podział administracyjny kraju, to jednakże nie wykazuje w jaki sposób te czynniki miałyby wpływać na niską wysokość zaoferowanej przez niego w przetargu ceny i zarazem miałyby potwierdzać, że są indywidualne i charakterystyczne tylko dla niego.

Po czwarte wreszcie Konsorcjum S. swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie poparło żadnymi dowodami. Takowe pojawiły się dopiero w załączeniu do jego pisma złożonego w postępowaniu odwoławczym w dniu 19 grudnia 2023 r., co stanowczo należy uznać nie tylko jako niezastosowanie się do wezwania Zamawiającego, ale również jako

działanie spóźnione. Wbrew argumentacji podnoszonej przez uczestnika postępowania nie można uznać za dowody zawarte w jego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny informacje dotyczące okoliczności realizacji innych inwestycji. Bez dowodów nie da się zweryfikować treści wyjaśnień wykonawcy, które ze swej istoty są jedynie jego stanowiskiem, poprzez które dąży do ukazania swojej perspektywy realizacji kontraktu publicznego.

Mając powyższe na uwadze Izba za zasadny uznała zarzut nr 1 odwołania.

Izba stwierdziła również zasadność dwóch pozostałych zarzutów odwołania, albowiem Zamawiający dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, natomiast akceptując nierzetelne, sformułowane ogólnikowo oraz pozbawione jakichkolwiek dowodów wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone przez Konsorcjum S. naruszył zasadę prawa zamówień publicznych obligującą go do zachowania uczciwej konkurencji, a przy tym prowadził postępowanie w sposób nieprzejrzysty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 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). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego, które obejmują uiszczony wpis od odwołania w wysokości 20 000 zł 00 gr, a także wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr, czyli łącznie koszty w wysokości 23 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....