

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez wykonawcę Instal-Mat sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Dębicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Czarna;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Czarna:
 - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.K. działającej pod nazwą WKD Zakład Elektro-Techniczny B.K., Zawierbie 75c, 39-204 Żyraków
 - dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Czarna i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Instal-Mat sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Dębicy tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 871/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Czarna wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna”, numer sprawy: IUE.271.3.2025.

Odwolujący: Instal-Mat sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Dębicy się powziął wiadomość o okolicznościach będących podstawą niniejszego odwołania w dniu 5 marca 2025 r., gdy została opublikowana Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 10 marca 2025 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- nieodrzczenia oferty wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K.,
- oraz od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WKD Zakład Elektrotechniczny B.K..

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. i w związku z tym nieuczynienie zadość obowiązкови odrzucenia oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. w sytuacji, gdy Wykonawca ten złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w sposób sprzeczny z ustawą, a więc przedstawiając jedynie swoje, niczym nie poparte stanowisko, a w zasadzie spekulacje i nie przedstawiając żadnych dowodów lub nawet kalkulacji, z których wynikałaby jakakolwiek przewaga konkurencyjna nad pozostałymi wykonawcami, a więc pomimo niesprostania przez Wykonawcę obowiązкови wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie pismem z dnia 28 lutego 2025 r. oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. w zakresie terminu wykonania zadania ze wskazanego w ofercie dnia 30 czerwca 2025 r. na 120 dni od dnia podpisania umowy, choć czynność taka powoduje istotną zmianę w treści oferty, a oferta była wobec tego niezgodna z warunkami zamówienia, a więc podlegała odrzuceniu,

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp w związku z częścią V. pkt 2. ppkt 4) lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez nieodrzczenie oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. pomimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał swych zdolności technicznych do udziału w postępowaniu lub nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez posiadania stosownych zdolności technicznych.

Odwolujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WKD Zakład Elektrotechniczny B.K.,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, i wówczas odrzucenia oferty WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z prawem;
4. nakazanie Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu się poniesionych przez niego kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W zakresie dotyczącym postępowania dowodowego Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia.

Odwołujący podał w swoim odwołaniu następujący opis stanu faktycznego:

„(...)Zamawiający Gmina Czarna przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, na zadanie pod nazwą „Budowa oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna”, przeprowadzonego za pomocą platformy zakupowej ().

W tym miejscu należy wskazać, że początkowo warunkiem zamówienia było wykonanie zamówienia do 30 czerwca 2025 r., natomiast dnia 30 stycznia 2025 r. Gmina poinformowała, że termin ten ulega zmianie i nowy wynosi 120 dni od dnia podpisania umowy. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert z której wynika, że najniższą cenę (218.940,00 zł) złożyła WKD Zakład Elektrotechniczny B.K..

Dnia 13 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał p. B.K. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w terminie 5 dni.

Wykonawca odpowiedziała w dwóch — trzeba zaznaczyć — nadzwyczaj lakonicznych pismach z dnia 17 lutego 2025 r. do których nie przedłożyła żadnych załączników.

Dnia 18 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał p. B.K. do przedłożenia szeregu dokumentów, w tym wykazu robót budowlanych, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia itd. Wykonawca przedłożyła dokumenty w dniu 21 lutego 2025 r.

Dnia 28 lutego 2025 r. Zamawiający wskazał, że stwierdził w ofercie WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. omyłkę polegającą na tym, że oferta została złożona na nieprawidłowym formularzu z datą wykonania zadania 30 czerwca 2025 r., a nie w terminie 120 dni od dnia podpisania umowy. Zamawiający uznał, że jest to omyłka, którą może poprawić i zaproponował wprowadzenie terminu 120 dni. Zamawiający wskazał, że zmiana ta wymaga akceptacji Wykonawcy do dnia 4 marca 2025 r. do godz. 12:00 oraz „wniósł” o wyjaśnienie powstania tego problemu, wskazując przy tym — dość osobiście — dwie możliwości jego powstania.

Wiadomością e-mail z dnia 3 marca 2025 r. p. B.K. zaakceptowała poprawę treści oferty i nie odniosła się do „wniosku” Zamawiającego o „jaśnienie jak powstał opisany powyżej błąd.

Pomimo tego dnia 5 marca 2025 r. Zamawiający opublikował Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, z której wynika, że:

- wybrana została oferta WKD Zakład Elektro-Techniczny B.K., a oferta ta otrzymała 100 punktów,

- drugi najwyższy wynik, a więc 93,94 punkty otrzymał Odwołujący się.

Dowód.- pismo Zamawiającego z 30.01.2025 r. - Informacja z otwarcia ofert

- pismo Zamawiającego z 13.02.2025 r.

- pismo B.K. z 17.02.2025 r. nr 16.2025.BK - pismo B.K. z 17.02.2025 r. nr 17.2025.BK - pismo Zamawiającego z 18.02.2025 r.

- wykaz osób (zał. Nr 7 do swa

- pismo Zamawiającego z 28.02.2025 r.

- wydruk wiadomości e-mail z adresu w. z 3.03.2025 r

- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5.03.2025 r. - oferta B.K.(...)”.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację w zakresie podniesionych zarzutów odwołania:

„(...)Zarzut 1. Rażąco niska cena.

Pierwszy zarzut dotyczy kwestii związanej z rażąco niską ceną zaoferowaną przez WKD Zakład Elektrotechniczny B.K..

Trzeba zacząć od tego, że wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lutego 2025 r. do złożenia wyjaśnień było

sluszne, bo cena zaproponowana przez WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. jest rażąco niska w rozumieniu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, a więc cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Otóż średnia cena ofert, które nie podlegały odrzuceniu wynosi 337.736,46 zł, a więc cena, która jest o 30% niższa to 233.616,53 zł. Co oznacza, że cena zaproponowana przez tego Wykonawcę jest o ponad 33% niższa od średniej.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w dwóch opisanych powyżej pismach, ale nie są to wyjaśnienia wystarczające i jest to eufemizm oraz przede wszystkim Wykonawca nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska w rozumieniu ustawy PZP.

Wyjaśnienia wykonawcy są wyjaśnieniami „hasłowymi”, których nie sposób zweryfikować, bowiem nie poparto ich żadnymi dowodami. Nie ma sensu cytować przedstawionych w tych pismach argumentów, są bowiem w załączonych do odwołania pismach i zamykają się w 5 krótkich punktach.

Wskazuję, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to niezależnie od tego jak wezwanie zostanie sformułowane przez Zamawiającego.

„Wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 3 PrZamPubl, zamawiającego nie ma obowiązku wskazywać wykonawcy, takie dokumenty lub inne dowody należy złożyć — leży to po stronie i w interesie wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, że jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Obowiązek przeprowadzenia dowodu spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, co wynika również z treści art. 224 ust. 5 PrZamPubl, w którym jest mowa, że zamawiający ocenia wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami (aktualny wyr. KIO z 15.1.2009r., KIO/UZP 1524/08, Legalis)” [P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024].

Wykonawca WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. nie przedłożyła żadnych dowodów, a więc nie wykazała ani tego, że zatrudnia wszystkich pracowników na umowę o pracę czy płaci składki, ale przede wszystkim nie wykazała jak rzekoma przewaga konkurencyjna w postaci bliskiej odległości do miejsca wykonania zamówienia, faktycznie wpływa na zaoferowaną cenę. Nie przedstawiono w tym zakresie nawet pogładowej kalkulacji, a twierdzenie to — w odniesieniu — do kolejnego podmiotu, a więc Odwołującego się, jest przedstawione w formie spekulacji: „może wynikać” (! ! !). Nie odnosi się zaś w ogóle do innych ofert i innych elementów „cenotwórczych”.

Brak przedstawienia dowodów jest zaś dyskwalifikując w sposób nie budzący wątpliwości:

„Jednakże nie liczy się wielość stron zapisanych, czy też wielość argumentacji przytoczonej w piśmie odwołującego, a merytoryczna wartość przedstawionych wyjaśnień. Wyjaśnień, które

(...), muszą być poparte dowodami. Czymże bowiem byłyby dowolne wyjaśnienia wykonawcy, jeżeli nie można by było ich zweryfikować. Jedynie stanowiskiem strony, ukształtowanym w postępowaniu na przekonanie drugiej strony, co do swojego spojrzenia na sprawę. Weryfikację natomiast można przeprowadzić włącznie o przedstawione dowody.” [wyrok KIO z 10.06.2015 r. KIO 1103/15].

Dokładnie tak jest w niniejszej sprawie Wykonawca przedstawił niczym niepoparte stanowisko i nie wykazał nawet jednej okoliczności z tych, na które hasłowo się powołał. Pomimo tego Zamawiający musiał uznać te „wyjaśnienia” za wystarczające, skoro oferty nie odrzucił. Co oznacza, że ocena ta została przeprowadzona z oczywistym naruszeniem art. 224 ust. 5 ustawy PZP, a więc bez jakiegokolwiek weryfikacji dowodów, skoro tych nie przedstawiono. Bez dowodów i kalkulacji nie sposób bowiem wykazać, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może wierzyć bowiem „na słowo” i nie tego wymaga ustawodawca.

Już tylko to, nie odnosząc się w ogóle do argumentów podanych w tych pismach z dnia 17 lutego 2025 r. jest dla oferty, a więc wyniku postępowania dyskwalifikujące, bowiem Zamawiający miał prawny obowiązek, po utrzymaniu takich „wyjaśnień” odrzucić ofertę p. B.K..

Warto jednak pokrótce pochylić się nad tymi wyjaśnieniami.

Otóż nie wykazano choćby rzekomego wieloletniego doświadczenia firmy i zatrudnionych pracowników, a nadto przecież większość firm zgłoszonych w przetargu są uznanymi firmami w branży, więc nie wiadomo, na czym konkretnie miałyby polegać rzekoma przewaga tego wykonawcy. Zresztą, skoro nie wykazano nawet rzeczy podstawowej jak własne doświadczenie, które przy okazji miałoby (?) być większe niż doświadczenie pozostałych podmiotów, to tym bardziej nie wykazano rzekomego wpływu na cenę, choć trzeba uczciwie przyznać, że Wykonawca WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. nawet nie podjął stosownej próby.

Wprost absurdalną jest kolejna spekulacja, że ponieważ firma istnieje na rynku od kilkadziesiąt lat, to w związku z tym ma mieć rzekomo niższe ceny materiałów. Znowu nawet nie spróbowano tego wykazać, bo nie przedstawiono żadnych dowodów na to, że wykonawca WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. ma jakąś specjalną pozycję rynkową i wynegocjowane takie rabaty, że można to uznać za jego przewagę konkurencyjną. Nie przedstawiono nawet konkretnych twierdzeń na tę okoliczność, ale ogólnikowe stwierdzenie, że wykonawca ma dostępne tanie materiały.

Odnosząc to do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, należy wskazać, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, to nie zwykła formalność i nie wystarczy po prostu przedstawić głośnych twierdzeń. Należy wykazać, a więc udowodnić, że cena nie jest rażąco niska, a więc wykazać, że prawidłowo ją skalkulowano. Nie można oprzeć się na deklaracjach, ale na wyliczeniach i konkretnych dowodach, z których wynika, że wykonawca ma tak zoptymalizowane pewne procesy, iż faktycznie jest w stanie wykonać zamówienie za cenę wskazaną w ofercie.

"Powołane powyżej przepisy PrZamPubl wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego "wykazania", to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności. (...)". [P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024].

Także orzecznictwo nie pozostawia w tej sprawie żadnych wątpliwości: „Wykonawca musi nie tylko wyjaśnić, jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, ale musi też wyjaśnić w jaki sposób wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. [Wyrok KIO z dnia 11.02.2016 r. KIO 121/16].

Cytowany już powyżej Komentator podsumował zresztą orzecznictwo Izby i jest to wręcz wprost odniesienie do „wyjaśnień” WKD Zakład Elektrotechniczny B.K.:

„Najczęstsze błędy, jakie wykneła Krajowa Izba Odwoławcza wykonawcom składającym wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 3 PrZamPubl do tej pory, to:

1) brak dowodów na potwierdzenie przedstawianej kalkulacji;

2) powoływanie się na wiedzę i doświadczenie, dysponowanie własnym sprzętem lub narzędziami albo dysponowanie potencjałem kadrowym, jako czynnik wpływający na obniżenie ceny, przy jednoczesnym braku wskazania sposobu wpływu tej okoliczności na kalkulację ceny. ". [P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024]. Warto dodać, że należałoby jeszcze odnieść się do doświadczenia, pozycji rynkowej, a więc uzyskiwanych cen, posiadania sprzętu itd. pozostałych wykonawców, skoro w taki sposób próbuje się wykazać przewagę konkurencyjną.

Wykonawca WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. zdecydowanie nie sprostął wskazanym wymaganiom, a więc jego oferta winna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę. Niestety, pomimo że widać, iż jest to kwestia oczywista Zamawiający nie odrzucił tej oferty z naruszeniem art. 224 ustawy PZP i dokonał wobec tego błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dowód.- Informacja z otwarcia ofert

-pismo Zamawiającego z 13.02.2025 r.

-pismo B.K. z 17.02.2025 r. nr 16.2025.BK

-pismo B.K. z 17.02.2025 r. nr 17.2025.BK

-Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5.03.2025 r.

Zarzut 2.

Wykonawca WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. złożyła ofertę, z której wynika (konkretnie z załącznika numer 1), że wykona zamówienie w terminie do 30 czerwca 2025 r., natomiast zgodnie z warunkami zamówienia (zaktualizowanymi dnia 30 stycznia 2025 r.) przedmiot zamówienia powinien być wykonany w terminie 120 dni od dnia podpisania umowy.

Jest to w sposób oczywisty niezgodne z warunkami zamówienia, co zaktualizowało konieczność odrzucenia oferty, bowiem jest to istotna część oferty.

W takiej sytuacji nie było zatem możliwe zastosowanie art. 223 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bo nie jest to ani oczywista omyłka pisarska, ani oczywista omyłka rachunkowa, ale „inna omyłka”, ale jej poprawienie spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Termin wykonania jest bowiem istotnym elementem każdego zamówienia, a jego zmiana jest niedopuszczalna.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Proces poprawiania innych omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty.” [wyrok z 11.09.2024 r. KIO 2893/24].

Co więcej: „Zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie odwołującego omyłki polegające na niezgodności oferty z warunkami zamówienia, jeżeli poprawa omyłek nie prowadziłaby do jakiegokolwiek zmiany oferty złożonej przez odwołującego. ”, a contrario, gdy poprawa prowadzi do jakiegokolwiek zmiany oferty, to jest ona niemożliwa. [wyrok z 9.10.2024 r. KIO 3255/24]. Rozstrzygającym w tym zakresie jest pogląd KIO wyrażony w wyroku z 13.08.2024 r. KIO 2606/24: „Granica dopuszczalnych poprawek oferty oraz wyjaśnień jej treści jest brak możliwości zmiany oferty. W pozostałych przypadkach zabronione jest dokonywanie jakichkolwiek poprawek w treści oferty wykonawcy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują zatem uzupełnienia treści oferty, czy to przy okazji wyjaśnień zaoferowanej ceny czy też w związku z. wezwaniem do wyjaśnień treści oferty” (podkreślenie własne).

Zatem — ponownie — Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K., ale w tym wypadku błędnie zastosował art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i pismem z dnia 28 lutego 2025 r. dokonał poprawienia oferty w zakresie zaoferowanego terminu. Jest to działanie wprost sprzeczne z ustawą.

Tylko na marginesie wskazuję, że dość osobliwym jest prośba o wyjaśnienie „powstania problemu” już po dokonaniu poprawienia oferty, bo przecież co najwyżej można by tę okoliczność badać przed podjęciem takiej decyzji. Równie zastanawiające jest, dlaczego Zamawiający sugeruje z czego ma wynikać błąd, a i tak Wykonawca ignoruje wezwanie Zamawiającego i nie przedkłada odpowiedzi. Pomimo tego Zamawiający uznaje tę ofertę za prawidłową i dokonuje jej wyboru.

Oferta przed jej poprawieniem była zaś niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zgodnie z pismem Gminy Czarna z dnia 30 stycznia 2025 r. doszło do zmiany terminu i nowy wynosi 120 dni od dnia podpisania umowy.

Dowód. - pismo Zamawiającego z 30.01.2025 r. - Informacja z otwarcia ofert

-pismo Zamawiającego z 28.02.2025 r.

-wydruk wiadomości e-mail z adresu w. z 3.03.2025 r.

-Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5.03.2025 r. - oferta B.K.

Zarzut nr 3.

Zgodnie z częścią V. pkt 2. ppkt 4) lit. b Specyfikacji Warunków Zamówienia, który to punkt statuuje warunki udziału w postępowaniu, zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, gdy wykonawca wykaże, że: „skieruje do realizacji zamówienia osobą pełniącą funkcję kierownika robót, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz posiadającą doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót/budowy przy realizacji jednej roboty budowlanej (umowy), której przedmiotem była budowa linii elektroenergetycznej w zakresie budowy oświetlenia ulicznego. czyli uprawnienia bez ograniczeń lub odpowiadające równoważne”.

Aby wykazać swe zdolności techniczne Wykonawca B.K. przedłożyła wykaz osób załącznik numer 7 do SWZ gdzie wskazano, że kierownik robót — swoją drogą w branży wodkan — p. W.K. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w branży instalacyjnej w zakresie sieci i instalacje elektryczne „z ogr. Do 1KV”. Co oznacza, że nie są to uprawnienia „bez ograniczeń”, jak wskazano w SWZ.

Wykonawca nie wykazał zatem zdolności technicznych wymaganych w SWZ.

Oznacza to, że wybrana przez Zamawiającego oferta została złożona przez Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SWZ. A w każdym razie przez Wykonawcę, który uchybił obowiązkowi wykazania zdolności technicznych, co jest w zasadzie równoznaczne. Oznacza to, że wybór takiej oferty narusza art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy PZP.(...).”.

Pismem z dnia 24 marca 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o :

- oddalenie odwołania w całości;
- zasądzenie od INSTAL-MAT Sp. z o. o. Sp. k. na rzecz Gminy Czarna kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie do powyższych wniosków odpowiedzi na odwołanie: „(...)Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. Z art. Ust 224 ust. 2 pkt 1 i ust. 5 ustawy PZP poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę WKD Zakład Elektrotechniczny B.K..

W ocenie Zamawiającego Wykonawca przedstawił wyjaśnienia realne i możliwe do przyjęcia. Wykonawca, znając swój potencjał wskazuje, że do wyliczenia ceny ofertowej ustalił odpowiedni czas pracy, wyceniając go w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami oraz ustalił koszt transportu oraz czas dojazdu

pracownika na plac budowy, który w jego ocenie będzie pracował w określonym czasie - to nie sposób, względem takich wyjaśnień stawiać zarzuty. Odmienność w kalkulacji przyjętej przez zamawiającego od tej ustalonej przez wykonawcę stanowi jasny przykład, iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwymi dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Nie jest możliwe arbitralne przyjmowanie przez Zamawiającego stanowiska, że tylko jego wyliczenia są prawidłowe, gdyż nie taki jest sens i cel składania przez wykonawców wyjaśnień. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia takich rozbieżności ma obowiązek je ocenić, uwzględniając jednocześnie dedykowane temu wykonawcy warunki realizacji zamówienia. Skoro zatem Wykonawca wykazał oraz poparł stosownymi wyjaśnieniami, że sprzyjające warunki realizacji zamówienia pozwalają mu na oszacowanie kosztów we wskazanej w ofercie (cenie), to niezasadne jest bagatelizowanie tych wyjaśnień.

Dowód nr 1, dowód nr 2 oraz dowód nr 3.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez poprawienie pismem z dnia 28 lutego 2025 roku oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. w zakresie terminu wykonania zadania ze wskazanego w ofercie z dnia 30 czerwca 2025 roku na 120 dni od dnia podpisania umowy.

Zamawiający może skorygować w ofercie nie tylko oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, ale także - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy - inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. W niniejszej sprawie omyłka Wykonawcy polegała na posłużeniu się nieaktualnym załącznikiem do oferty, w którym była już wpisana data wykonania , tj. 30 czerwiec 2025r. Zważywszy na powyższe, należy ocenić, że mogło dojść w niniejszej sprawie do "innej omyłki" w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy - a z uwagi na to, że termin zaoferowany przez tego Wykonawcę i termin później zmieniony (30.01.2025 roku podczas trwającego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zmienił termin wykonania robót z dnia 30.06.2025 roku na 120 dni od dnia podpisania umowy) mogą być w istocie bardzo zbliżone. Stąd też nie jest wykluczone w niniejszej sprawie poprawienie przez Zamawiającego treści oferty, bowiem nie spowoduje to istotnych zmian w treści umowy. Zamawiający na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia dotyczącego wskazania terminu zakończenia robót na 30 czerwiec 2025r. i ewentualnej akceptacji zmiany na 120 dni od dnia podpisania umowy. Po otrzymaniu od Wykonawcy akceptacji Zamawiający miał podstawę do skorygowania oferty (wprowadzenia terminu 120 dniowego) w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3/ ustawy w zw. z art. 223 ust. 3 ustawy.

Dowód nr 4, dowód nr 5, dowód nr 6 oraz dowód nr 7.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy PZP w związku z częścią V. pkt 2 pkt 4) lit. B Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy WKD Zakład Elektrotechniczny B.K. pomimo, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał swych zdolności technicznych do udziału w postępowaniu lub nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez posiadania stosownych zdolności technicznych.

W ocenie Zamawiającego dokument, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego (wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia) umożliwia realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający uznaje uprawnienia budowlane wskazanego przez Wykonawcę kierownika robót z 30 letnim doświadczeniem za równoważne z wymaganymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia tj. budowy sieci oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Czarna. (0,4 KV)

Dowód nr 8.

W związku z powyższym, Gmina Czarna wnosi o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Stosownie do wezwania z dnia 17.03.2025 r. – niniejszą odpowiedź na odwołanie doręczono podmiotowi składającemu odwołanie.(...)”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, a także treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołanie, ofertę wykonawcy WKD Zakład Elektro-Techniczny B.K, zawiadomienia o wyniku postępowania przetargowego, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 24 marca 2025 r. Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.224 ust.2 pkt 1 i ust.5, art.223 ust.2 pkt 3, art.226 ust.1 pkt 2 lit. b), pkt 5 i pkt 8 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że zasadniczym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego z powodu rażąco niskiej ceny, a także czy Zamawiający mógł dokonać poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający - Gmina Czarna pismem z dnia 13 lutego 2025 r. mając na uwadze art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) wezwał WKD Zakład Elektrotechniczny B.K.do złożenia w terminie 5 dni wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty (poprzez platformę zakupową w wersji elektronicznej zgodnie z wymaganiami SWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że odpowiedź w szczególności powinna uwzględniać zapisy ww. artykułu, czyli zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 200 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Dalej, Izba stwierdziła, że w pismach z dnia 17 lutego 2025r. wykonawca konkurencyjny podał następujące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie załączając jakichkolwiek dowodów na ich potwierdzenie.

„(...)1) Wszyscy pracownicy firmy WKD ZAKŁAD ELEKTRO-TECHNICZNY B.K. są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę i zarabiają co najmniej najniższą krajową oraz mają odprowadzane do ZUS wszystkie składki.

2) Pracownicy firmy WKD ZAKŁAD ELEKTRO-TECHNICZNY B.K. mają terminowo płacone składki ubezpieczenia zdrowotne. Każdy zatrudniony pracownik został przeszkolony z zakresu BHP (szkolenie wstępne oraz szkolenie stanowiskowe) oraz został zapoznany z ryzykiem zawodowym na dany stanowisku pracy. Wszyscy pracownicy firmy posiadają badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy.

3) Cena oferty, która została zaproponowana przez firmę WKD ZAKŁAD ELEKTRO-TECHNICZNY B.K. j konkurencyjna, ponieważ jesteśmy firmą lokalną mieszczącą się na terenie gminy Czarna, gdzie realizowana będzie inwestycja. Różnica ceny między firmą, która dała kolejną nieznacznie wyższą ofertę może wynikać z wyższych kosztów dojazdu tj. koszt transportu oraz czas dojazdu pracownika na plac budowy, gdyż wlicza się do czasu pracy.

4) Cena oferty która została zaproponowana przez firmę WKD ZAKŁAD ELEKTRO-TECHNICZNY B.K. wyn również z wieloletniego doświadczenia w realizacji prac związanych z budową oświetlenia drogowego. Nasi pracownicy posiadają stosowne kwalifikacje i wieloletnie doświadczenie, co wpływa na krótszy czas wykonania pracy. Dysponujemy również dużym zapleczem sprzętowym do realizacji tego typu prac.

5) Firma WKD ZAKŁAD ELEKTRO-TECHNICZNY B.K. istnieje na rynku od kilkadziesiąt lat i dzięki dużym zakupom asortymentu instalacyjnego ceny nabywanych przez nas materiałów są dużo niższe niż w przypadku zakupów innych firm.(...)”.

Przechodząc, do rozpoznania zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny Izba uznała go za uzasadniony.

Według zapatrywania Izby – złożone przez wykonawcę konkurencyjnego wyjaśnienia były zbyt ogólne, lakoniczne i nie poparte żadnymi dowodami.

W przekonaniu Izby – Zamawiający na podstawie powyższych wyjaśnień niepopartych jakimikolwiek dowodami miał podstawę prawną do skorzystania z przepisu art.224 ust.6 ustawy Pzp, stosownie do 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.

Wobec tego – zdaniem Izby – Zamawiający powinien w takiej sytuacji zastosować przepis art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli Zamawiający zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający ustanowił na gruncie SWZ termin realizacji robót na 120 dni od dnia podpisania umowy, podczas gdy wykonawca konkurencyjny w swojej ofercie zawarł termin do dnia 30.06.2025 r.

Odnosząc się do zarzutu związanego z możliwością dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, Izba doszła do wniosku, że zmiana terminu wykonania zamówienia stanowi essentialia negotii i ma charakter istotny, a zatem nie podlega poprawieniu w rozumieniu art.223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie wymaga komentarza, że wyżej wskazane terminy w sposób istotny różnią się pomiędzy sobą, bowiem do 30 czerwca br. pozostało niewiele ponad 70 dni, przy założeniu terminowego jej podpisania, podczas gdy ten drugi termin wynosi 120 dni.

Nie jest w ogóle wiadome czy w tym krótszym terminie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Ostatecznie potwierdził się również zarzut odnoszący się do wykazania przez wykonawcę konkurencyjnego posiadaniem odpowiednich uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub równoważne uprawnienia budowlane.

Izba ustaliła, że wykonawca WKD Zakład Elektro-Techniczny B.K. zadeklarował stosowne uprawnienia, jednak w ograniczonym zakresie nie wykazując równoważności uprawnień budowlanych.

Okoliczności tych nie udowodnił również sam Zamawiający ograniczając się do lakonicznego stwierdzenia, że skoro wskazana w wykazie osoba ma 30 letnie doświadczenie z ograniczeniem to będzie uprawniona do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający również nie przedstawił żadnej argumentacji przeciwnej stanowisku Odwołującego.

W związku z powyższym Zamawiający mógł uznać, że oferta złożona przez wykonawcę WKD Zakład Elektro-Techniczny B.K. została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i powinien był odrzucić jego ofertę powodu w trybie przepisu art.226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....