Sygn. akt: KIO 2948/23

WYROK

z dnia 26 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę:

M. K. - HAMMER Wyburzenia M. K. we Wschowie

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Obornikach

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

W i W PLUS sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp.

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu a także 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:……...

UASADNIENIE

Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Obornikach (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) w trybie podstawowym, w wariancie z możliwością negocjacji (art. 275 pkt 2 Ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Rozbiórka budynku gospodarczego i budynku garażowo-biurowego na terenie Komendy Powiatowej Straży Pożarnej w Obornikach" (numer referencyjny: PT.2370.1.2023) (dalej również: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 5 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Hammer Wyburzenia M. K. we Wschowie (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 9 października 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia: W i W PLUS sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp. (dalej również: Przystępujący lub W i W plus). Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania czynności odrzucenia oferty W i W plus zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty W i W plus, podczas gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy W i W plus.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na

dokumentacji Postępowania, oceniła dowody złożone przez Odwołującego za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu uznając, że stanowią one dowód tego, że na rynku mogą zostać zaoferowane ceny robót w różnej wysokości, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do prawidłowości udzielonych wyjaśnień w kontekście uznania ich za prawidłowe i wystarczające w świetle wezwania do ich udzielenia oraz dla oceny przez Zamawiającego, że nie ma tutaj do czynienia z rażąco niską ceną.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności, w oparciu o dokumenty Postępowania w szczególności SWZ, oferty, wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest rozbiórka budynku gospodarczego i budynku garażowo- biurowego na terenie Komendy Powiatowej Straży Pożarnej w Obornikach;
2. SWZ nie zawiera wytycznych dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej;
3. Udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający doprecyzował zakres robót objętych zamówieniem;
4. W Postępowaniu wpłynęło 12 ofert w tym 1 oferta niepotwierdzona oraz 11 potwierdzonych. Ceny brutto wahały się od 90.528,00 zł do 362.850,00 zł, w tym między innymi oferta W i W plus z ceną ofertową 167.280,00 zł brutto;
5. Zamawiający pismem z dnia 7 września 2023 r. wezwał 5 oferentów, w tym Przystępującego, do wyjaśnień w związku z rażąco niską ceną. Na wezwanie o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiedziało 2 oferentów w tym Przystępujący.
6. Zamawiający odrzucił ofertę drugiego wykonawcy składającego wyjaśnienia wobec lakoniczności odpowiedzi i nie przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny..
7. Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej wystosowane zostało na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. W treści wezwania Zamawiający między innymi: 1)Zażądałwyjaśnienia, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy i OPZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. 2) Wezwał do przedstawienia informacji na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, w kwestiach wskazanych poniżej: a) Wyjaśnienie, jaki potencjał kadrowy zamierza zatrudniać wykonawca/na podstawie jakiego stosunku prawnego oraz jakie maszyny/środki transportu i w jakiej liczbie Wykonawca zaangażuje na etapie realizacji umowy? b) Jaki sposób organizacji prac przyjął Wykonawca? c) Czy wykonawca zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo? d) Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia? 3) Zażądał odniesienia się do czynników określonych w art. 224 ust. 3 pkt. 4 i 6 Pzp (zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego). 4) Wezwał do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.
8. W i W plus udzielił odpowiedzi w dniu 11 września 2023 r., w której zawarł część opisową, w której znajdują się informacje dotyczące wykonawcy oraz dołączył uproszczoną kalkulację oraz - między innymi - decyzje administracyjne, fragment umowy, referencje, zaświadczenia z ZUS i US.
9. W kosztorysie uproszczonym Przystępujący przedstawił poszczególne koszty brutto składające się na realizację zamówienia oraz zysk brutto składające się sumarycznie na cenę oferty brutto. Referencje, zaświadczenia ZUS i US wskazują na odpowiednio prawidłowa realizację dotychczasowych kontraktów oraz niezaleganie na należnościami publicznoprawnymi.
10. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i ocenił i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Izba stwierdza, że odwołanie sprowadza się do wskazania, że:

1.1) Brak jest wyceny istotnych elementów zamówienia. 2) Brak jest dołączenia istotnych dowodów. 3) Wyjaśnienia mają ogólny charakter. 4) Kalkulacja jest niedoszacowana oraz wybrakowana - nie zawiera informacji umożliwiających ocenę, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. 5) Brak jest odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że „W i W plus nie uwzględnił w swojej kalkulacji (a tym samym w cenie swojej oferty) istotnych kosztów, takich jak: 1)Koszty związane z rozkopaniem i usunięciem zbiorników 3 szamb wraz z zasypaniem i zagęszczeniem gruntu. 2) Koszt utylizacji zalegających w budynku odpadów gabarytowych w ilości 25 m3. 3) Koszt naprawy kostki brukowej oraz wykonania krawężników oporowych. 4) Kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego pracowników. Koszty te są przedmiotowo istotne (ich wykonanie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia, a ich wykonanie jest warunkiem koniecznym do wykonania innych prac oraz realizacji głównego celu umowy), jak również są one cenowo istotne (ich koszt w skali wartości zamówienia jest znaczny). Tym samym z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy W i W plus wprost wynika,

że nie jest on w stanie za zaoferowaną cenę zrealizować przynajmniej najistotniejszych elementów przedmiotu zamówienia.” ;

2.Wykonawca dla poparcia zarzutu niedoszacowania ceny ofertowej Przystępującego przedstawił własne kalkulacje kosztów robót wg. odwołania nieuwzględnionych w kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego powołując się na ceny rynkowe tego typu robót, wskazując, że ceny te mają charakter istotnych kosztów, zaznaczając, że koszty te można szacować według opisanych w odwołaniu założeń i tak dla kosztu:

- usunięcia zbiorników wskazał, że według jego kalkulacji mogą wynosić: 6 450,00 zł netto czyli 7 933,50 zł brutto. Plus koszt wywozu dodatkowych 18 ton gruzu,
- utylizacji odpadów gabarytowych według założonej przez niego ilości 25 m3 to 4 920,00 zł brutto plus koszty dojazdów dla założonej przez siebie odległości i spalania wynosić mogą około 4 000,00 zł netto czyli 4 920,00 zł brutto;
- naprawy kostki brukowej oraz wykonania krawężników oporowych według założonej przez siebie powierzchni demontażu oraz ilości strat wynosić mogą 6 715,80 zł brutto według średnich kosztów z województwa;
- związane z ubezpieczeniem społecznym pracowników według założonego przez siebie sposobu interpretacji danych z kalkulacji uproszczonej Przystępującego, wynagrodzenia minimalnego oraz kosztów z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym w kwocie 4 337,28 zł miesięcznie, założonego przez siebie czasu realizacji robót około 3 miesięcy (przy wskazaniu z SWZ, że do 10 tygodni) co daje 488 godzin i średnio na miesiąc 162 godziny wyliczył, że ten koszt będzie wyższy od założonego przez Przystępującego, co powoduje, nie uwzględnienie w zaoferowanej cenie kosztów pracodawcy związanych z zabezpieczeniem społecznym pracowników, a tym samym wypełnia przesłankę uznania ceny za rażąco niską;

Izba stwierdza, że cześć składowych powyższych wyliczeń oparta była na twierdzeniach Odwołującego, część na cennikach; Odwołujący uznał, że niedoszacowanie oferty to około 19 569,30 zł brutto i jednocześnie Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że szacując ofertę własną uzyskał dla części robót ceny niższe od tych skalkulowanych na potrzeby odwołania;

3.Dla poparcia twierdzenia o braku istotnych dowodów przywołał stanowiska judykatury i wskazał, że w jego ocenie „Minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić, byłyby: 1) Dokumenty pochodzące od przedsiębiorstw zajmujących się utylizacją odpadów wraz z informacją o cenach np. umowy, faktury, oferty czy cenniki zawierające informacje o cenie utylizacji odpadów - na okoliczność ustalenia kosztów utylizacji odpadów. 2) Dowody w zakresie odsprzedaży materiałów porozbiórkowych np. umowy, oferty lub cenniki - na okoliczność ustalenia możliwości i wysokości uzyskania zysku z odsprzedaży materiałów porozbiórkowych. 3) Dowody na posiadane rabaty, o których wspomniano w części opisowej wyjaśnień - na okoliczność ustalenia możliwości i wysokości obniżenia kosztów realizacji zamówienia. 4) Dokument pochodzący od geodety - tj. umowy, oferty, faktury lub cenniki - na okoliczność ustalenia kosztów wykonania operatu geodezyjnego powykonawczego. 5) Dokument pochodzący od kierownika budowy - tj. umowy, oferty czy faktury - na okoliczność ustalenia kosztów zatrudnienia kierownika budowy. 6) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, np. oferty, faktury lub cenniki - na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.” które dopiero „pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca W i W plus jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowody są mało istotne lub w ogóle nieistotne do ustalenia czy zaoferowana przez W i W plus cena jest ceną realną, za którą da się wykonać zamówienie.” Ocenił, jako szczególnie istotny brak dowodu na koszt utylizacji odpadów, poddając pod wątpliwość sens składania przez Przystępującego „umowy ze spółką EKO- MYŚL Sp. z o.o., która ma zajmować się przyjmowaniem odpadów, ponieważ dokument ten nie zawiera w ogóle cen za utylizację odpadów. Zgodnie z § 3 tej Umowy: „Ceny podane zostają w ZAŁĄCZNIKU do niniejszej Umowy" Załącznik ten nie został jednak przedstawiony Zamawiającemu.”;

4.Kwestionował zasygnalizowaną w wyjaśnieniach możliwość pozyskania zysku z częściowej sprzedaży odzyskanych materiałów porozbiórkowych wobec niedookreślenia tej okoliczności, fakt złożenia referencji i zaświadczeń z ZUS i US, oraz decyzjiwydanych na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1587, z późn. zm.) podkreślając nieprzydatność tych dowodów dla określenia realności ceny ofertowej;

5.Podkreślał, że pomimo wskazania w wyjaśnieniach liczby i stanowiska osób dedykowanych wykonaniu zamówienia i współpracy z kierownikiem budowy załączono jedynie dwie umowy o pracę z aneksami na wynagrodzenie minimalne, co powoduje, ze nie wiadomo za jakie stawki pracować będą pozostali ani czy ich pozyskał;

6.Wskazał, że „Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty innego wykonawcy w tym postępowaniu napisał: „Zatem, gdy Wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające

dokonanie takiego zakupu. Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem Wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. (...) W kontekście powyższego, zapewnienia Wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest realna i obejmuje wszystkie koszty wykonania zamówienia to za mało, aby można było uznać, że Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Należy zauważyć, iż przedstawione przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach twierdzenia nie zostały poparte żadnymi dowodami".” Co w jego ocenie wskazuje na sytuacje, że Zamawiający odrzucił ofertę jednego z wykonawców, ponieważ nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie przyjętych kosztów, i jednocześnie zaniechał odrzucić oferty wykonawcy W i W plus, który również odpowiednich dowodów nie przedstawił.”

7. Dla uzasadnienia ogólnego charakteru wyjaśnień odwołał się do stanowisk judykatury i przywołał treść wyjaśnień : „1)„oszczędne metody wykonania zamówienia (własne opracowanie metody wyliczeń kosztów wykonania robót rozbiórkowych, transportowych, ziemnych, drogowych, likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów i innych), pozwalają nam na znaczne oszczędności czasu i środków finansowych " Nie wiadomo jednak jakie to metody, na czym polegają, jaki jest dokładnie wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu. 2) „[ma] bogate doświadczenie". Wykonawca jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, jaki jest dokładnie wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu. 3) „Przy tej samej metodzie wyliczania wykonałam wiele zadań związanych z pracami rozbiórkowymi. Załączone do niniejszego wyjaśnienia referencje wykonanych robót potwierdzają prawidłowość wykonania zadania jak również prawidłowość wykonania kalkulacji". Wykonawca jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, jak realizacji innych zamówień rozbiórkowych wpływa na wysokość zaoferowanej ceny, jaki jest dokładnie wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu. 4) „Metody wykonywania rozbiórek opracowane zostały przez osobę prowadzącą posiadającą wieloletnie doświadczenie w prowadzeni różnorodnych prac budowlanych, w tym głównie w zakresie robót rozbiórkowych (w tym także zakresie segregacji, pakownia i transportu odpadów, itp.)" Wykonawca jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, jaki jest dokładnie wymiar oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu. 5) „Dzięki wieloletniemu doświadczeniu w wykonywanych pracach rozbiórkowych i związanych z nimi wytwarzaniem odpadów, na terenie całej Polski oraz stałej współpracy z zakładami utylizacji odpadów, firma posiada indywidualne konkurencyjne ceny za przyjęcie odpadów". Brak konkretnej informacji, ile dokładnie wynoszą rabaty, którymi dysponuje wykonawca W i W plus.”

8. Uzasadniając, że kalkulacja jest niedoszacowana oraz wybrakowana dodatkowo wskazał, że „oczywiście wykonawca W i W plus mógł ponieść określone koszty poniżej średnich cen rynkowych i dzięki temu zaoferować niższą cenę, jednakże powinien tę okoliczność udowodnić. Tymczasem wykonawca W i W plus nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wysokości poniesionych kosztów. W związku z tym Odwołujący jest uprawniony wskazać, że poszczególne elementy kosztorysu zostały rażąco zaniżone a tym samym cena oferta jest rażąco niska i nierealna (...) Nie wskazano, gdzie będzie transportowany gruz, co jest głównym kosztem w realizacji rozbiórki, nie wiadomo na jaką odległość będzie wywożony oraz kto zadeklarował się go przyjąć lub do jakiego składowiska odpadów będzie transportowany. Skoro Wykonawca przedstawił wyłącznie umowę ze składowiskiem odpadów EKO-MYŚL Sp. z o.o., to należy założyć, że gruz także będzie tam transportowany. Zgodnie z cennikiem składowiska odpadów EKO-MYŚL Sp. z o.o., za zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06 (kod odpadu 17 01 07), cena za przyjęcia wynosi 276,00 zł netto za 1 tonę (...) Zgodnie z kalkulacją Wykonawca zakłada wytworzenie 1400 ton gruzu. Biorąc pod uwagę ilość wytworzonego gruzu, tj. 1400 ton i koszt utylizacji w składowisku odpadów tj. 276,00 zł netto za tonę to koszt utylizacji gruzu w składowisku wynosi 386 400,00 zł netto. Do powyższej kwoty należy doliczyć koszty związane z transportem gruzu, które przy tak dalekiej trasie będą ogromne, tj. 56 kursów (tyle obliczył Wykonawca w kalkulacji) x 346 km (odległość od miejsca rozbiórki do składowiska odpadów EKO-MYŚL Sp. z o.o. w dwie strony) = 19 376 km. Minimalne spalanie samochodu ciężarowego wynosi około 25l na 100 km. A więc (19376 km/100) x 25 x 6,00 zł (średnia cena na dziś zakupu 1 l. paliwa) = 29 064,00 zł. Podsumowując, na podstawie założeń Wykonawcy W i W plus, koszt utylizacji oraz transportu gruzu, wyniesie 415 464 zł netto. Tymczasem wykonawca W i W plus wskazał kwotę 28 000,00 zł, brutto nie wskazując nigdzie, nie mówiąc już o udowodnieniu, dlaczego może tak znacząco obniżyć koszt utylizacji gruzu.”. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że sam do kalkulacji ceny ofertowej utylizacji gruzu przyjął koszt 60.000 zł

9. Kwestionował koszt kalkulacji kontenerów powołując się na ofertę lokalnego przedsiębiorstwa, koszty utylizacji odpadów, miejsce i koszt bazy sprzętowej, koszt ogrodzenia terenu budowy

10. Podkreślał także brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień.

Izba, w oparciu o wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielonej odpowiedzi stwierdziła, że

Przystępujący odniósł się do zakwestionowanych odwołaniem a objętych wezwaniem kwestii i skalkulował zakwestionowane elementy robót. W tym zakresie Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Przystępującego z pisma procesowego z dnia 9 października 2023 r. i złożonym na rozprawie, jako spójnym z treścią wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W tym między innymi Izba stwierdziła, że koszty związane z usuwaniem szamb objęte zostały pozycją 12 kalkulacji ceny, koszt utylizacji zalegających w budynku odpadów gabarytowych w założeniach kalkulacji ceny przyjęty został na uzasadnionym poziomie w punkcie pkt 6 kalkulacji ceny, podobnie jak koszt naprawy kostki brukowej oraz wykonania krawężników oporowych z uwzględnieniem dotychczasowego doświadczenia wykonawcy, koszt związany z ubezpieczeniem społecznym pracowników uwzględniony został w różnych pozycjach kalkulacji i skalkulowany z uwzględnieniem założonego przez Przystępującego i zgodnego z SWZ czasu pracy około 25 dni roboczych przy skoordynowaniu 6 osób do pracy naraz, wyjaśniając, że kalkulacja nie zawiera bezpośrednio, tak jak nieprawidłowo założył Odwołujący, stawki za pracę, lecz różne elementy kosztów pracy w różnych pozycjach kalkulacji.

Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny". Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej". Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając Zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnego elementu i udzielonych na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzi również w kontekście zakresu

wezwania a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego. Odwołanie w zasadzie sprowadziło się do kwestionowania okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i wskazywało na możliwość innej od dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę ofertową, wyjaśnienia nie obejmują całości przedmiotu zamówienia i że nie mogły stanowić podstawy dla Zamawiającego do oceny ich jako prawidłowe, zgodne z Ustawą i uzasadniające przyjęcie, że cena ani jej istotny element nie jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący natomiast nie podniósł i nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..