

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę:

Skanska S.A. w Warszawie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Radomiu

z udziałem wykonawcy

Budimex S.A. w Warszawie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu ewentualnego zaniechania wezwania do uzupełnienia w zakresie niezłożenia badania sporządzonego przez audytora w związku z sprawozdaniem finansowym wymaganym przez zamawiającego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu

W pozostałym zakresie **oddala** odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego kwoty: 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesioną przez zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

b) zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Radomiu - jednostka budżetowa województwa mazowieckiego - (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze otwartej pn: Przebudowa i rozbudowa budynku wraz z zagospodarowaniem terenu na potrzeby CKZiU" ul. Kelles-Kauza 3 w Radomiu. Numer referencyjny: CKZiU.KG.08.03.2023 (dalej: Postępowanie). Warunki udziału i zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 31 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Skanska S.A. w Warszawie (dalej: Odwołujący lub Wykonawca) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego wyboru oferty Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2023 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 1 sierpnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana Budimex S.A. w Warszawie (dalej: Przystępujący lub Budimex). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim działaniem naruszył:

1.art. 226 ust.1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z powodu niezgodności treści tej oferty z warunkami zamówienia, podczas, gdy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23 czerwca 2023 roku Budimex potwierdził, czy w kosztorysie, czy też w ofertach podwykonawców będących dowodem na zaferowanie danej ceny, iż jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie:

a) zaoferowania podkonstrukcji stalowej malowanej farbami zamiast ocynkowanej, podczas, gdy Zamawiający wyraźnie wymagał podkonstrukcji ocynkowanej,

b) zaoferowania posadzki sportowej typu 3, zamiast typu 4, podczas, gdy Zamawiający wyraźnie wymagał, iż system nawierzchni sportowej powierzchniowo elastycznej ma być zgodny z normą EN 14904, ale o parametrach i konstrukcji nie gorszej niż klasyfikowanej wg EN 14904: A4 (typ 4),

c) zaoferowania na elewację budynku istniejącego płytek elastycznych, zamiast płytek spiekowych, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego (warunkami zamówienia), gdyż Zamawiający wyraźnie wymagał płytek spiekowych,

2.art. 224 ust.6 Pzp w związku z art. 226 ust.1 pkt 8) Pzp poprzez brak w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zakresu prac i materiałów dotyczących sufitów akustycznych, co wskazuje na brak uzasadnienia podanej w ofercie ceny, skoro bowiem w zakres ceny ofertowej nie wchodziły sufity akustyczne (bo ich nie uwzględniono), to tym samym wyjaśnienia nie potwierdzają zaferowanej ceny, a oferta zawiera rażąco niską cenę oraz na wypadek nie uwzględnienia powyższych Odwołujący wskazał zarzuty ewentualne:

3.zaniechania wezwania do wyjaśnień dotyczących nieuwzględnienia sufitów akustycznych podwieszanych w cenie ofertowej,

4.zaniechania wezwania do uzupełnienia w zakresie niezłożenia badania sporządzonego przez audytora w związku z sprawozdaniem finansowym wymaganym przez Zamawiającego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Budimex, odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) Pzp, odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8) Pzp oraz art.224 ust.6 Pzp, ponownej oceny i badanie ofert bez oferty Budimex - względnie, w przypadku zarzutów ewentualnych – o nakazanie unieważnienia wyboru oferty Budimex, wezwania do wyjaśnień w zakresie braku uwzględnienia w kosztorysie i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a w ślad za tym w ofercie Budimex sufitów akustycznych

podwieszanych, wezwania do uzupełnienia badania sporządzonego przez audytora w związku ze sprawozdaniem finansowym.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron cofnął zarzut ewentualny opisany powyżej pod numerem 4 - zaniechania wezwania do uzupełnienia w zakresie niezłożenia badania sporządzonego przez audytora w związku z sprawozdaniem finansowym wymaganym przez Zamawiającego na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący powoływał się na dokumentację postępowania, w szczególności SWZ, ofertę Budimex, wezwanie oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Budimex. Odwołujący wnosił także o dopuszczenie dowodu i złożył:

1) ofertę cenową Ecophon z dnia 29 maja 2023 r. złożoną Odwołującemu obejmującą koszty sufitów akustycznych wraz z materiałami, w której cena dla Płyta Ecophon Master Ds, 600x600x40 (biały 500 frost), pochłanianie dźwięków $\alpha_w=0,90$ m2G3544, określona została na 224 zł netto/m2

2) email Rockfon zawierający ofertę cenową z dnia 6 czerwca 2023 r złożoną Odwołującemu sufitów akustycznych SU1 wraz z materiałami i robocizną, w której cena za SU1 (Sonar Activity D 600x600x40 biały $\alpha_w=1$ klasa palności A1 Rh do 100%) to 120,91 PLN/m2 netto, cena za SU2 wraz z materiałem i robocizną (Rockfon MONO Direct Acoustic 1200x900x40 (materiał + robocizna) kolor biały) to ok. 650,00 PLN/m2 netto, cena za SU3 wraz z materiałem i robocizną (Rockfon MONO Acoustic 1800x1200x40 (materiał + robocizna) kolor biały) to ok. 650,00 PLN/m2 netto, na okoliczność znaczącego kosztu tych materiałów i braku objęcia ich kosztorysem i wyceną Przystępującego i rażąco niskiej ceny Przystępującego.

Przystępujący złożył dowody w postaci:

w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Budimex z SWZ

1) dotyczącego podkonstrukcji stalowej (ocynk), o których mowa na str. 7 pisma procesowego - zapytanie ofertowe wraz z tabelą i rewizją/ aktualizacją oferty dostawcy Budimex, której wersja pierwotna załączona została do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla wykazania jej prawidłowości

2) dotyczącego posadzki sportowej (typ 4), o których mowa na str. 11 pisma procesowego - korespondencja mailowa wraz z rewizją/ aktualizacją oferty dostawcy Budimex, której wersja pierwotna załączona została do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla wykazania jej prawidłowości

3) dotyczącego elewacji (płytki spiekowe), o których mowa na str. 14 pisma procesowego - oferta na materiał oraz robociznę elewacji dostawców Budimex innych od oferty dostawcy Budimex załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla wykazania jej prawidłowości

w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny

4) zestawienie globalnej ilości sufitów (SU1, SU2 i SU3) oczekiwanych przez Zamawiającego opracowane przez Budimex na podstawie przedmiarów Zamawiającego stanowiących załącznik do SWZ, o którym mowa na str. 16 pisma procesowego,

w zakresie zarzutu ewentualnego, co do którego Odwołujący cofnął odwołanie

5) zrzuty z ekranu komputera stron internetowych, o których mowa na str. 19 pisma procesowego wraz z podlinkowanymi tam sprawozdaniami audytora, na okoliczność, że jest to informacja dostępna.

Dowody 1-4 na okoliczność zaoferowania robót zgodnych z warunkami zamówienia. Dowód 4 dodatkowo na okoliczność dokonania wyceny i objęcia ceną ofertową całości robót objętych SWZ i niezasadności zarzutu rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania: SWZ, oferty Przystępującego, wezwania Budimex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożonych w odpowiedzi wyjaśnień wraz z załącznikami oraz dodatkowo przedłożonych dokumentów oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu, co do którego Odwołujący cofnął odwołanie Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu.

Izba umorzyła w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy postępowanie w zakresie zarzutu ewentualnego odwołania wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o jego wycofaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Izba uznała, że w tym zakresie odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy a więc zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa.”

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do oceny prawidłowości udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w kontekście uznania ich za wystarczające przez Zamawiającego i uznania przez niego, że nie ma tutaj do czynienia z rażąco niską ceną także wobec pominięcia w wyjaśnieniach wyceny sufitów podwieszanych, także w świetle ewentualnej potrzeby do wyjaśnienia tej kwestii przez Przystępującego. W zakresie zarzutu niezgodności z warunkami zamówienia spór sprowadzał się od tego, czy i jaki wpływ ma na ocenę treści oferty w zakresie jej zgodności z SWZ, co doocynku elementów podkonstrukcji stalowej, typu posadzki sportowej i materiału wykonania elewacji, treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączonych doń dokumentów.

W powyższym zakresie Izba ustaliła bezsporne pomiędzy stronami okoliczności, że:

1. W ramach Postępowania złożonych zostało 5 ofert, w tym m.in. najwyższej oceniona oferta Budimex oraz plasująca się na drugim miejscu oferta Odwołującego, wszystkie ceny ofertowe poniżej wartości szacunkowej zamówienia Zamawiającego;

2. Budimex zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie i w zakresie objętym SWZ w tym także załącznikami do SWZ za określoną ofertą cenę ryczałtową 49 859 895 zł brutto (40 536 500 zł netto);

3. zgodnie z punktem III - Opis przedmiotu zamówienia oraz pkt 2 cyt. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowi dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB), przedmiary robót oraz pozwolenia na budowę, które łącznie stanowią Załącznik nr 5 do niniejszej SWZ”.

4. Zamawiający przewidział w SWZ wymogi w zakresie:

a) podkonstrukcji stalowych żaluzji technicznych, pod ogród wertykalny oraz detali -stosowania zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci ocynkowania (projekt wykonawczy/Opisy/251.11- Opis Projekt Wykonawczy.

- b)posadzki sportowej - zgodności z normą PN EN 14904 TYP 4 (projekt wykonawczy, część dotycząca opisu architektury w dokumencie - „251 Tabela równoważności materiałowej” (pkt 12))
 - c)wykończenia elewacji - spiekami kwarcowymi (dokument „251 Tabela równoważności materiałowej”: Płytki spiekowa gr. 4mm do wykończenia elewacji budynku istniejącego, format płytek na zamówienie zgodnie z wymiarami zamieszczonymi na rysunkach)
 - d)montażu sufitów podwieszanych akustycznych typu: SU1, SU2, SU3 (każdy typ o określonych wymiarach i parametrach) (dokumentacja projektowa-ARCHITEKTURA\PDF - OPISY\ 251 TABELA RÓWNOWAŻNO MATERIAŁOWEJ strona 4-6) łącznie 1 770,74 m2 w tym 1 383,94 m2 SU1, 363,40 m2 SU2, 23,40 m2 SU3;
5. 19 czerwca 2023 roku Zamawiający wezwał Budimex do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując, że „żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający oczekuje, iż w wyjaśnieniach Wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację ceny oferty w oparciu o Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący Załącznik 5 do SWZ, oraz projekt umowy stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania zadane w toku postępowania. Zamawiający oczekuje, że wyjaśnienia będą miały formę co najmniej kosztorysu ofertowego zawierającego co najmniej zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających opis oraz z wyliczeniem kosztów w oparciu o zestawienie ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych, na podstawie którego została wyliczona cena oferty z uwzględnieniem kosztu wykonania wszystkich robót wynikających z OPZ Załącznik 5 do SWZ, a także wynikających z projektu umowy - Załącznik nr 6 do SWZ. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia i dowody będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki mające wpływ na podaną w ofercie cenę wykonania przedmiotu zamówienia.”
6. Budimex złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie 23 czerwca 2023 r. wraz z kosztorysem ofertowym oraz przykładowymi ofertami dostawców. W wyjaśnieniach m.in. potwierdził objęcie ceną całkowitego kosztu realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, w tym z dokumentacją projektową, umową, odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego i jego oczekiwaniami; opisał stosowany przez siebie scentralizowany system zakupów materiałów budowlanych i usług oparty na umowach ramowych i prowadzeniu stałego procesu kwalifikacji i bieżących ocen dostawców i realizowania zakupów u jednego dostawcy na kilka inwestycji; do wyjaśnień załączył szczegółowy kosztorys robót objętych przedmiotem zamówienia (którego zakres jako zgodny z opisem wymaganych pozycji z SWZ nie był kwestionowany) oraz dla wykazania zasadności przyjęcia cen kosztorysu na określonym poziomie przedłożył oferty podwykonawców, które w największym stopniu kształtowały przyjmowane wartości, celem wykazania, że najbardziej kosztotwórcze asortymenty robót za dany zakres są nadal wyższe od kosztu bezpośredniego wynikającego z ofert współpracy;
7. Załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty dostawców zostały złożone Budimex przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu w odpowiedzi na prośby o wycenę konkretnego zakresu prac realizowanych zgodnie z SWZ:
- a)W zakresie ocynkowania podkonstrukcji stalowych i detali – oferta Techmaterns wskazuje zaoferowanie przez ten podmiot wykonania szeregu robót i materiałów zgodnych z opisem SWZ i pozycje sprzeczne z wymaganiami SWZ tj. konstrukcje stalowe i detale zabezpieczone antykorozyjnie malowaniem farb;
 - b)W zakresie posadzki sportowej PN EN 14904 typ 4 - oferta Erzec-Podłogi wskazuje zaoferowanie przez ten podmiot wykonania szeregu robót i materiałów zgodnych z opisem SWZ i jeden materiał sprzeczny z wymaganiami SWZ tj. posadzkę sportową zgodną z normą PN EN 14904 typ 3;
 - c)W zakresie elewacji z płytek spiekowych – oferta Bud- Rem wskazuje zaoferowanie przez ten podmiot wykonania szeregu robót i materiałów zgodnych z opisem SWZ i jeden materiał sprzeczny z wymaganiami SWZ tj. płytki elastyczne z mieszkanki piasków kwarcowych i wysokiej jakości żywic;
 - d)W zakresie sufitów podwieszanych akustycznych Budimex nie przedłożył oferty dostawcy;
8. W związku z otrzymaniem ofert od dostawców zawierających niezgodne z SWZ propozycje Budimex przed upływem terminu składania ofert zwrócił się do dostawców z prośbą o wyjaśnienie, co Izba ustaliła dając wiary niekwestionowanym wyjaśnieniom Przystępującego w świetle ofert i korespondencji z dostawcami; Budimex dysponował również innymi ofertami, o które wystąpił w związku z Postępowaniem przed upływem terminu składania ofert;
9. Dostawcy Budimex przed upływem terminu składania ofert złożyli aktualizacje ofert (a, b) lub inne oferty (c) potwierdzając w nich gotowość zrealizowania prac zgodnych z SWZ za cenę z oferty pierwotnej i niższej od kosztorysowej (a,b) lub z oferty z ceną niższą od ofertowej (c) odpowiednio:
- a)Techmatrans z użyciem podkonstrukcji stalowej i detali zabezpieczonych antykorozyjnie ocynkowaniem;
 - b)Erzec- Podłogi z użyciem posadzki sportowej zgodnej z normą PN EN 14904 typ 4;
 - c)Gresmax, Magna, SIPBUD na wykonanie elewacji z płytek spiekowych za ceny niższe od kosztorysowej;
10. Dostawcy wymienieni powyżej nie zostali zgłoszeni jako podwykonawcy Przystępującego;
11. Kosztorys Budimex załączony do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest zgodny z SWZ i obejmuje wszystkie roboty zakwestionowane przez Odwołującego w tym: podkonstrukcje stalowe oraz detale zabezpieczone antykorozyjnie poprzez ocynkowanie, posadzki sportowe spełniające wymóg zgodności z normą PN EN 14904 TYP 4, wykończenia elewacji spiekami kwarcowymi, sufity podwieszane akustyczne typu: SU1, SU2, SU3 w ilości wymaganej przez Zamawiającego.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia a więc skonkretyzowanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrżela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023) Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi warunkami zamówienia, przy czym podnoszona

rozbieżność nie może budzić wątpliwości (podobnie wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 oraz ust 6 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 8) 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. 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 i zamawiający odrzuca ofertę gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. 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. 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. Jednocześnie Izba wskazuje, że 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 działania 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, bo cena jest rażąco niska lub wyjaśnienia były niewystarczające, niepełne i nie pozwalały na ocenę realności wyceny.

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnego elementu i udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odwołanie nie sprostало wymogom ciężaru dowodowego. Podobnie jest w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia i istnienia wątpliwości, co do zakresu oferowanego przedmiotu.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, co do celu załączenia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofert i nie złożenia ofert aktualizacyjnych lub innych ofert. W ocenie Izby, wobec celu, jakiemu służą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie było niezbędne przedłożenie ofert aktualizacyjnych i innych. Wyjaśnienia w sposób dostateczny wskazywały na realność ceny. Przedłożone na etapie postępowania odwoławczego oferty aktualizacyjne i inne oferty w sposób jednoznaczny potwierdziły zaś gotowość i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z kwestionowanymi odwołaniem wymaganiami SWZ. Dodatkowo załączony do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorys wskazywał na objęcie wyceną wszystkich zakwestionowanych zakresów robót, tutaj także co do ilości i rodzajów sufitów podwieszanych akustycznych. Poszczególne pozycje kosztorysu w pełni odpowiadały opisom i wymaganiom SWZ. Powierzchnia sufitów objętych kosztorysem potwierdziła dokonanie wyceny wszystkich ich rodzajów w wymaganej łącznie ilości. Odwołujący nie wykazał, by cena oferty była rażąco niska ani, że cena sufitów podwieszanych stanowi jej istotną część składową i z tego tytułu cena budzić powinna wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Brak też jest przesłanek wobec powyższych ustaleń, do uznania, że istniały wątpliwości, które winny skutkować powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku zwrócenia się do Przystępującego z żądaniem wyjaśnień, co do objęcia ofertą – wyceną - sufitów podwieszanych akustycznych.

Izba raz jeszcze podkreśla, że złożone oferty dostawców służyły wyłącznie wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, a więc jej realności a Zamawiający oczekiwał wyłącznie dowodów dla pozycji znaczących kosztowo nie poddając pod wątpliwość i nie żądając wyjaśnień w zakresie oferowanego zakresu prac. Stąd ofert dostawców nie sposób uznać za miarodajne dla ustalenia treści oferty. Szczególnie, że kosztorys wyraźnie wskazuje na wolę wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ a oferty aktualizacyjne i dodatkowe również potwierdzają prawidłowość tego ustalenia. Wola i zobowiązanie wykonawcy do zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ wynika z treści oferty, wyjaśnienia nie dają asumptu do przyjęcia, że wykonawca zanegował wolę realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, czy też ujawnił, że jego wolą było zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek odrzucenia ofert wobec ich niezgodności z warunkami zamówienia ani, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną czy też, że istniała potrzeba wyjaśnień w zakresie oferowania określonego elementu przedmiotu zamówienia. 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 ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, które mogłyby mieć wpływ na sporządzenie oferty w sposób niezgodny z Ustawą. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni 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”.

Wobec niewykazania niezgodności ofert z warunkami Izba stwierdziła, że również zachowaniu Zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia innych przepisów. Pozostałe podlegające oddaleniu zarzuty stanowiły konsekwencje zachowania Zamawiającego polegające na pominięciu nie wykazanej niezgodności ofert z SWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :.....