Sygn. akt: KIO 1851/23

WYROK
z dnia 12 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „ELEKTRUS" M. M. w Swarożynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tczew**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje **Gminie Tczew** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez A. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe ESAND A. P. w Przejazdowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Tczew** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „ELEKTRUS" M. M. w Swarożynie** tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od **Gminy Tczew** na rzecz wykonawcy **M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „ELEKTRUS" M. M. w Swarożynie** kwotę 14 471 zł 70 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. 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: ……..

Sygn. akt KIO 1851/23

U z a s a d n i e n i e

I. Gmina Tczew (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie oświetlenia części ul. Zajączkowskiej w Tczewskich Łąkach.*"

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem2023/BZP 00245473 w dniu 2 czerwca 2023 r.

W dniu 27 czerwca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę M. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „ELEKTRUS" M. M. w Swarożynie (dalej: Odwołujący), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji nieodrzucenie przez Zamawiającego oferty, złożonej przez A. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe ESAND A. P. w Przejazdowie (dalej: ESAND), jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy (i) wyjaśnienia udzielone przez ESAND nie mogą zostać uznane za rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do ceny oferowanej przez ESAND, (ii) ESAND nie sprosta ciężarowi wykazania faktu, że złożona przez ESAND oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, (iii) z treści samych wyjaśnień ESAND wynika, że złożona przez niego oferta została skalkulowana nierzetelnie i zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 128 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji wyborze przez Zamawiającego oferty ESAND, jako najkorzystniejszej pomimo tego, że ESAND nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 1.2 lit. d) dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy – tj. że wskazana przez ESAND na Kierownika Budowy osoba posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych

i elektroenergetycznych lub równoważnych uprawnień budowlanych, wydanych zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa;
3. art. 74 ust. 1 PZP w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 PZP wz. z art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) PZP poprzez ich niezastosowanie i nieprzekazanie Odwołującemu załącznika do Protokołu – kompletnych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożonych przez ESAND, tj. nieudostępnienie Odwołującemu kosztorysu złożonego przez ESAND jako załącznik do przedmiotowych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny, Odwołujący podnosił, że „zaoferowana przez ESAND cena za wykonanie przedmiotu zamówienia odbiegająca tak istotnie, tj. o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług oraz o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP winna być zbadana przez Zamawiającego oraz wyjaśniona przez ESAND w sposób wyczerpujący. W tym miejscu warto zauważyć, że następna w kolejności oferta złożona Odwołującego była droższa o 74.828,58 zł, tj. była droższa o 71,74% w stosunku do ceny zaoferowanej przez ESAND. (…) Wykonawca składając Wyjaśnienia dot. RNC w żaden sposób nie rozwiał i nie mógł rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do podejrzenia rażąco niskiej ceny, gdyż do przedmiotowych wyjaśnień ESAND nie załączył żadnych dowodów na poparcie twierdzeń w tych wyjaśnieniach wskazanych.
W tym stanie sprawy, Zamawiający nie powinien dać wiary ogólnikowym i logicznie niespójnym twierdzeniom ESAND, niepopartym w rzeczywistości żadnym dowodem, choć dowody takie można było z łatwością wskazać – chociażby poprzez stosowne oferty dostawców materiałów. 4. Niezależnie od treści Kosztorysu, który to z rażącym naruszeniem przepisów PZP nie został przekazany Odwołującemu, dokument taki, samoistnie, nie mógł stanowić dowodu w zakresie podnoszonych przez ESAND twierdzeń.
5. W tym miejscu Odwołujący wskazuje chociażby na fakt, że kosztorys taki nie mógł stanowić dowodu na poparcie twierdzenia ESAND, że:*„w związku z długoletnim okresem działalności, ceny zakupów materiałów przedstawionych o ofertach na poszczególne części zamówienia zostały wynegocjowane na najwyższych możliwych rabatach. Ponadto posiadamy część materiałów zakupionych w ubiegłym i na początku bieżącego roku. Oferowane materiały posiadają wymagane certyfikaty i są fabrycznie nowe”.*
6. W odniesieniu do twierdzeń wskazanych w pkt 5 powyżej, Odwołujący wskazuje, że wiedzą powszechną jest, że od 24 lutego 2022 roku, a więc od momentu wybuchu wojny na Ukrainie istotnie wzrosły ceny materiałów budowlanych. Twierdzenie ESAND, że zakupy dokonane w ubiegłym roku pozwoliły na złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty nie może zostać uznane za logicznie spójne i prawdziwe, bowiem materiały budowlane w 2022 r. osiągały historycznie najwyższe ceny. Zaoferowanie przez ESAND ceny niższej o ponad 70 000,00 zł w stosunku do kolejnej oferty ceny jest wręcz niedorzeczne i wzbudzić powinni wątpliwości Zamawiającego, w szczególności, że koszt zakupu materiałów budowlanych jest przecież fundamentalnym i kluczowym czynnikiem cenotwórczym – a na dodatek, łatwym do wykazania.
7. Nie może przy tym znikać z pola widzenia okoliczność, że ESAND w Wyjaśnieniach dot. RNC nie wykazał żadnej z okoliczności, do której był wezwany przez Zamawiającego w pkt od 1) do 8) (…) Nieudzielenie wyjaśnień odpowiadających treści wezwania sprecyzowanego przez Zamawiającego winno skutkować odrzuceniem oferty. ESAND składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź nie może być powierzchowna, aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości – Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na ogólnych zapewnieniach wykonawcy, że ten jest w stanie należycie wykonać zamówienie za daną kwotę.”

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r. polegającej na wyborze oferty ESAND jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ESAND jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
4. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia wniosku wskazane w pkt 3 powyżej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) wezwania ESAND do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;

b) w wypadku uznania wyjaśnień ESAND za zasługujące na uwzględnienie, nakazanie wezwania ESAND do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na wykazanie spełniania warunku udziału w postepowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 2 lit. d) dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej;
5. nakazanie Zamawiającemu udostępnienie kompletnych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożonych przez ESAND, w tym udostępnienie kosztorysu złożonego przez ESAND jako załącznik do przedmiotowych wyjaśnień, niestanowiącego tajemnicy przedsiębiorstwa ESAND.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania, w szczególności Zamawiający wnosił o nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez ESAND jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający wyjaśniał, że „pismem z dnia 20.06.2023 r. zwrócił się do Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowe „ESAND" A. P. o wyjaśnienie, czy cena oferty lub jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca w wymaganym przez Zamawiającego terminie, tj. w dniu 20 czerwca 2023 r. przesłał wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami, tj. kosztorysem ofertowym. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca w sposób wyczerpujący i niebudzący wątpliwości Zamawiającego udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazane zostały czynniki umożliwiające zaoferowanie ceny na takim poziomie, z podaniem ich wartości (…).

Ponadto, Zamawiający dochowując należytej staranności powołał na potrzeby niniejszego postępowania biegłego kosztorysanta – Pana R. B. (posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a także uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który w dniu 21.06.2023 r. dokonał wnikliwej analizy kosztorysu ofertowego przedstawionego przez Wykonawcę. Przedstawiona opinia jednoznacznie wskazuje, iż kosztorys ofertowy sporządzony przez A. P. nie odbiega od cen rynkowych przy uwzględnieniu przedłożonego pisma wykonawcy o posiadanych zasobach materiałowych i sprzętowych oraz poziomu inflacji ogłoszonej przez GUS dla miesiąca kwiecień 2023 r. Oczywiście zamawiający zdaje sobie sprawę, że dokument ten ma charakter pomocniczy i zasadniczo KIO dokonuje oceny samych wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów (kosztorysu) (…).

Konkludując zamawiający wdrożył i prawidłowo przeprowadził procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp, celem definitywnego rozstrzygnięcia, czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, w oparciu o posiadane materiały, wyjaśnienia wykonawcy i załączony przez niego dokument, oceniony w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Należy odrzucić automatyczne przyjęcie – co zdaje się czynić odwołujący – że cena poniżej pewnego poziomu jest rażąco niska (por. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r., XIX Ga 175/10 „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame." W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

Zamawiający podkreśla, iż odwołujący ogranicza się w zasadzie do stwierdzeń, że cena oferty jest rażąco niska. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem (por. wyrok KIO z dnia 11 września 2013 r., KIO 2075/13) nie jest wystarczające by kwestionować tę cenę w dowolnym aspekcie. Odwołujący ma bowiem obowiązek sprecyzować, w czym upatruje podstaw takiej tezy, aby pozostali uczestnicy postępowania mieli prawo powzięcia wiedzy na ten temat z treści odwołania, chociażby po to, by móc należycie przygotować swoje stanowiska procesowe.

Tymczasem przygotowanie repliki na odwołanie jest w jego obecnym kształcie znacznie utrudnione. Nie jest prawidłowym, aby odwołujący w odwołaniu zgłaszał jedynie hasłowo sformułowane zastrzeżenie. W tym miejscu antycypując ewentualne przedstawianie na rozprawie argumentacji i dowodów wskazuję, że będzie to nieuprawnione rozszerzanie zarzutów po upływie terminu na ich zgłoszenie, w sposób zdecydowanie wykraczający poza ramy określone we wniesionym odwołaniu. Stosownie do art. 555 pzp KIO nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 29 czerwca 2009 r. (X Ga 110/09), o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Należy więc stwierdzić, że zamieszczenie w odwołaniu stwierdzenia, że cena oferta jest rażąco niska nie jest

wystarczające by kwestionować tę cenę w dowolnym aspekcie. Odwołujący miał bowiem obowiązek sprecyzować, w czym upatruje podstaw takiej tezy, a pozostali uczestnicy postępowania mieli prawo powzięcia wiedzy na ten temat z treści odwołania, chociażby po to, by móc należycie przygotować swoje stanowiska procesowe. W odwołaniu zawarto jedynie odniesienie się do orzecznictwa KIO (punkt 9, 8, uzasadnienia zarzutu 1); wskazanie, że wyjaśnienia ESAD są zbyt lakoniczne (punkt 7 uzasadnienia zarzutu 1); wskazano, że odwołujący winien de facto przedstawić faktury potwierdzające koszt zakupu materiałów budowlanych, co stanowiłoby naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa (punkt 6 uzasadnienia zarzutu 1); kwestionowanie a priori kosztorysu (punkt 5 uzasadnienia zarzutu 1)"

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania skierowanego do wykonawcy ESAND do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odpowiedzi wykonawcy na to wezwanie.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie złożono trzy oferty z następującymi cenami 104 304,00 PLN (oferta złożona przez wykonawcę ESAND), 179 132,58 PLN (oferta złożona przez Odwołującego) i 224 660,32 PLN.

Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy cena oferty ESAND lub jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał ESAND do udzielenia wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty lub jej istotnych części składowych.

Zamawiający w szczególności wezwał do złożenia „wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w zakresie:

1) zarządzania procesem produkcji świadczonych usług lub metody budowy,

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) 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."

Ponadto Zamawiający wskazał, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami winny potwierdzać, że cena oferty lub jej części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, że cena oferty jest realna i wiarygodna, a podczas oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na cenę oferty, w szczególności wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla ESAND, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od

minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalone 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, koszty dojazdów, koszty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, zysk oraz inne koszty wpływające na cenę oferty, jak i inne czynniki, które zdaniem Wykonawcy miały wpływ na skalkulowanie poszczególnych cen.

Wykonawca ESAND w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, że „skalkulował ceny robocizny, materiałów i pracy sprzętu zgodnie ze swoimi możliwościami przy zastosowaniu własnego sprzętu. Wszystkie elementy wyceny robót spełniają techniczne wymagania i odbioru zgodnie ze sztuką budowlaną . Wykonawca odniósł się również do doświadczenia jakie posiada przy realizacji zamówień tego typu oraz kadry jak dysponuje. Wykonawca potwierdza, że wszystkie ceny materiałów wyspecyfikowanych w materiałach przetargowych uwzględnił w ofercie oraz, że materiały przyjęte do skalkulowania wartości oferty spełniają wymagania określone w dokumentacji przetargowej." Ponadto poinformował, że „przyjęta przez nas stawka jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia" za pracę, wynikającego z odpowiednich przepisów, a osoby przeznaczone do realizacji zadania będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Podał, że „Firma posiada własny sprzęt do wykonania poszczególnych zadań (podnośnik koszowy, samochód dostawczy, przyczep do przewożenia i rozwijania kabli, minikoparkę). Prace wykonywane będą bez udziału podwykonawców, siłami własnego przedsiębiorstwa.". Ponieważ posiada długoletnie doświadczenie, mógł wynegocjować wysokie rabaty. Posiada już część materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia. Do wyjaśnień załączył kosztorys. Nie załączył żadnego dowodu na poparcie któregokolwiek z twierdzeń przywołanych w wyjaśnieniach (wysokość rabatów, fakt posiadania materiałów i sprzętu itd.).

Zamawiający powołał biegłego kosztorysanta – Pana R. B., posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, a także uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który w dniu 21 czerwca 2023 r. wydał „Opinię techniczną dotyczącą weryfikacji kosztorysu ofertowego dla inwestycji (…)". Biegły sporządził kosztorys inwestorski „na podstawie Katalogowych Nakładów Rzeczowych (KNR), aktualnych cen materiałów na dzień sporządzenia kosztorysu, cen najmu sprzętu budowlanego oraz aktualnych stawek narzutów kosztorysowych dla I kw. 2023 dla województwa pomorskiego. Ceny przyjęto bez zastosowania upustów i negocjacji z dostawcami materiałów.". Biegły podał, że „przy założeniu, że firma PU ESAND A. P. zakupiła część materiałów w roku 2022 oraz posiada własny sprzęt do wykonania zadania, różnica 14,79% pomiędzy sporządzonym kosztorysem inwestorskim, a kosztorysem ofertowym wynika głównie z poziomu inflacji oraz posiadanych materiałów na stanie magazynowym przez firmę PU ESAND A. P."

Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ESAND za najkorzystniejszą, z czym się nie zgodził Odwołujący i wniósł odwołanie.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba zważyła, co następuje.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosownie do art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, 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. Zgodnie z art. 224 ust 5 Prawa zamówień publicznych, Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei w postępowaniu odwoławczym , na podstawie art. 537 Prawa zamówień publicznych, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ponieważ wykonawca ESAND nie przystąpił do postępowania odwoławczego, to na Zamawiającym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowodu, że cena oferty ESAND nie jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że ani wykonawca ESAND w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie sprostali ciężarowi dowodu, przypisanemu im przez obowiązujące przepisy. To wykonawca ESAND powinien do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączyć dowody, do czego wprost Zamawiający go wezwał. Wykonawca ESAND jednak poprzestał jedynie na oświadczeniach. Już sam brak załączenia do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów popierających oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach powoduje konieczność uznania, że wyjaśnienia nie były wystarczające, a więc prowadzi do ostatecznego uznania, że złożono ofertę z rażąco niską ceną, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że opinia kosztorysanta, na którą powoływał się Zamawiający (Izba uznała tę opinię za stanowisko własne Zamawiającego) również opierała się na oświadczeniach wykonawcy

ESAND, a nie na dowodach, i stwierdzała, że „przy założeniu, że firma PU ESAND A. P. zakupiła część materiałów w roku 2022 oraz posiada własny sprzęt do wykonania zadania, różnica 14,79% pomiędzy sporządzonym kosztorysem inwestorskim, a kosztorysem ofertowym wynika głównie z poziomu inflacji oraz posiadanych materiałów na stanie magazynowym przez firmę PU ESAND A. P.." Jak już wskazano wyżej w uzasadnieniu, żadna z tych okoliczności nie została poparta żadnym dowodem. Dlatego odwołanie było uzasadnione i zasługiwało na uwzględnienie – zasadniczym zarzutem odwołania była rażąco niska cena w ofercie wykonawcy ESAND.

Potwierdził się również zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu kosztorysu sporządzonego przez ESAND, stanowiącego załącznik do wyjaśnień ESAND złożonych w toku procedury badania rażąco niskiej ceny – Zamawiający nie przedstawił go Odwołującemu do dnia rozprawy, mimo takiego wniosku. Wykonawca ESAND zastrzegł kosztorys jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak nie wykazał, że kosztorys ten posiada taki walor. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać następujące przesłanki: a) informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny wskazujący na wartość gospodarczą; b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu. Wykonawca ESAND, wraz ze złożeniem kosztorysu, nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w tym zakresie, do czego był zobowiązany na podstawie art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba w sentencji nie nakazała Zamawiającemu udostępnienia kosztorysu Odwołującemu, ponieważ uwzględniła najdalej idący zarzut, prowadzący do odrzucenia oferty wykonawcy ESAND z powodu rażąco niskiej ceny, co nie ma wpływu na okoliczność, ze Zamawiający powinien udostępnić Odwołującemu dokumenty, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa innego wykonawcy.

Podobnie odnośnie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji wyborze przez Zamawiającego oferty ESAND, jako najkorzystniejszej pomimo tego, że ESAND nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 1.2 lit. d) dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy – tj. że wskazana przez ESAND na Kierownika Budowy osoba posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważnych uprawnień budowlanych, wydanych zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa – Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia zarzutu prowadzącego do odrzucenia oferty wykonawcy ESAND, nie ma potrzeby wzywania go do uzupełnienia dokumentów (art. 128 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), nawet gdyby przyjąć argumentację Odwołującego w tym zakresie.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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).

Odwołujący na rozprawie wnioskował o zasądzenie kosztów, w tym wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty określonej przepisami oraz koszty dojazdu, w tym nocleg w wysokości 599,48 zł. Wnosił również o zasądzenie kosztów wpisu i opłaty skarbowej.

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3600 zł oraz koszt dojazdu. Nie uwzględniła kosztu noclegu, ponieważ siedziba Odwołującego mieści się w takiej odległości od siedziby Krajowej Izby Odwoławczej, że dojazd na rozprawę w dniu posiedzenia był realny i możliwy. Izba nie uwzględniła również kosztu opłaty skarbowej – Odwołujący do odwołania załączył pełnomocnictwo, jednak bez dowodu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (być może omyłkowo – ponieważ dwukrotnie załączył dowód uiszczenia wpisu od odwołania). Gdyby do pełnomocnictwa załączono

dowód uiszczenia opłaty skarbowej, a Odwołujący złożyłby wniosek o jej zasądzenie w razie pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, Izba zasądziłaby kwotę 17 zł z tytułu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa do wniesienia odwołania i reprezentacji przed Izbą, mimo że obowiązek jej uiszczenia zgodnie z ustawą o opłacie skarbowej z dnia 16 listopada 2006 r. (Dz.U. Nr 225, poz. 1635 z późn. zm.) w ocenie składu orzekającego, może być dyskusyjny.

Przewodniczący: ……..……