

Sygn. akt: KIO 1734/23

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 30 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 roku przez wykonawcę *M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Gminę Gołdap*

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia

pn.: „*Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap*” unieważnienie czynności z dnia 14 czerwca 2023 roku,

tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUKLAND P. D. z siedzibą w Giżycku.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8

w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUKLAND P. D. z siedzibą w Giżycku.

Izba za niezasadne uznała odwołanie w pozostałym zakresie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku* oraz Zamawiającego – *Gminę Gołdap* i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku* tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy *M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku* na rzecz – Zamawiającego *Gminy Gołdap* kwotę 2 076 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

i kosztów stawiennictwa na rozprawie stosownie do wyniku postępowania,

2.3. zasądza od Zamawiającego *Gminy Gołdap* na rzecz wykonawcy *M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku* kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do wyniku postępowania.

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 2021 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:

Sygn. akt: KIO 1734/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Gmina Gołdap* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą *sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap* (Numer ogłoszenia: ZP- WIK.271.10.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2023 roku pod numerem 2023/BZP 215307.

W dniu 19 czerwca 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie

art. 513 pkt 1 i 2 i art. 514 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec:

– czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BRUKLAND P. D. Giżycko, (dalej: BRUKLAND),

– wadliwego odrzucenia oferty odwołującego jako rzekomo zawierającą rażąco niską cenę,

– wadliwej oceny oferty BRUKLAND poprzez błędne uznanie, że oferta w/w wykonawcy nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo kompletności i logiczności udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

2) naruszenie art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BRUKLAND pomimo, iż złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie oferty z rażąco niską ceną nie zawierały żadnych dowodów, były gołosłowne, nielogiczne i nie uzasadniały podanej w ofercie ceny;

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty BRUKLAND jako najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty BRUKLAND jako dotkniętej przesłankami rażąco niskiej cen, która nie została wyjaśniona oraz w przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1 unieważnienia postępowania,
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przypisanych.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w myśli art. 505 ust. 1 ustawy uzasadniając to następująco:

Naruszenie przez Zamawiającego przywołanych w petitum niniejszego odwołania przepisów ustawy spowodowało, iż oferta Odwołującego została odrzucona bez podstawy. Tymczasem w świetle przepisów i stanu faktycznego oferta Odwołującego nie była dotknięta przesłanką rażąco niskiej ceny. W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący został narażony na poniesienie kosztów związanych ze złożeniem oferty oraz utratą możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia spodziewanych zysków oraz doświadczenia przy realizacji tego zadania.

Odwołujący swój interes prawny we wniesieniu odwołania wywodzi m.in. z przesłanek stojących za wydaniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 w sprawie Archus, który stanowi skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne wystosowane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO). Wyrok ten daje wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zyskają szerszy dostęp do środków ochrony prawnej w zakresie żądania unieważnienia postępowania. Interes w uzyskaniu danego zamówienia, powinien być bowiem rozumiany o wiele szerzej niż dotychczas, tj. że interes w uzyskaniu danego zamówienia nie będzie dalej utożsamiany z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, lecz że będzie to interes w uzyskaniu danej umowy odnoszącej się do realizacji świadczenia o określonym zakresie. Na tle powyższego wyroku TSUE oczywiste jest, że interesu w uzyskaniu danego zamówienia nie należy utożsamiać z konkretnym, wszczętym i prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, lecz należy rozumieć go szerzej jako dany zakres zamówienia, określoną umowę o zamówienie publiczne, a więc umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W konsekwencji - co podnosił Odwołujący - można też przyjąć założenie, że wykonawcy wnoszący odwołanie zmierzające do unieważnienia postępowania zyskają wreszcie dostęp do środków ochrony prawnej, za pomocą których będą mogli przed Krajową Izbą Odwoławczą udowodniać, że zamawiający prowadząc konkretne postępowanie o udzielenie danego zamówienia (danego zakresu zamówienia) zaniechał jakiś czynności bądź też podjął czynności niezgodne z ustawą, co nie powinno było mieć miejsca. Wykonawca angażując własne środki finansowe, w sytuacji gdy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma możliwości jego otrzymania i w związku z tym uzyskania z niego zysku, będzie wnosził i popierał środki ochrony prawnej, po to aby zwrócić uwagę na zaistniałe nieprawidłowości, a więc kierując się względami ideowymi dąży do tego, aby zamawiający nie wybrał jako najkorzystniejszej np. oferty podlegającej. Należy bowiem zauważyć, że w sytuacji, w której mamy kilka ofert i wszystkie poza jedną podlegają odrzuceniu, to wykonawcy, których oferty zostały odrzucone nie mają prawa do zareagowania i zakwestionowania decyzji zamawiającego. Zamawiający mógłby wówczas wybrać „upatrzoną” ofertę - podlegającą odrzuceniu w ocenie konkurencji - i pozostali wykonawcy nie mogą nic z tą okolicznością uczynić, gdyż nie mają prawa/interesu we wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Takie działanie jest sprzeczne z zasadami systemu zamówień publicznych, zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca wnoszący odwołanie, kierując się m.in. w/w wyrokiem TSUE C-131/16, licząc na to, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca wniesione przez niego odwołanie także podzieli naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przyzna odwołującemu prawo do kontrolowania legalności i poprawności wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego..

Warto zwrócić także uwagę na postanowienie Izby z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca ubiegający się i zainteresowany danym przedmiotowym zakresem zamówienia, którego oferta została uprzednio odrzucona, nie jest podmiotem nieuprawnionym. Co więcej, należy podnieść, że tak naprawdę do momentu podpisania umowy zamawiający w każdej chwili może zmienić swoją decyzję i status wykonawcy aż do tego czasu nie jest ostatecznie przesądzony, w konsekwencji czego nie powinno się go pozbawiać prawa do wniesienia środka ochrony prawnej. Środki ochrony prawnej mają służyć kontroli prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i weryfikacji czy zamówienie zostanie udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7

ust. 3 ustawy). Jest to zasadnicze zadanie korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej i przede wszystkim przez przyznanie tej zasady powinno się oceniać interes wykonawcy we wnoszeniu odwołania, a nie przez porównywania jeden do jednego stanów faktycznych na tle, których zapadł wyrok Izby czy też TSUE. Odwołujący podał, że liczy się zasada wykreowana na tle konkretnego stanu faktycznego, można by rzec odwołując się do systemu anglosaskiego - precedens - a nie identyczny stan faktyczny, gdyż ten jest inny w każdym przypadku. W związku z tym pojawia się istotne pytanie czym różni się sytuacja wykonawcy dążącego do tego, aby zamawiający przeprowadził postępowanie służące wyborowi wykonawcy zgodnie z ustawą i skarżącemu w ramach jednego odwołania odrzucenie swojej oferty, dążące jednocześnie do odrzucenia oferty konkurencji i w konsekwencji żądającego ewentualnego unieważnienia postępowania od pozycji wykonawcy, który żąda powyższych czynności w ramach dwóch odrębnych postępowań odwoławczych (co więcej w takim przypadku może on ponieść podwójne koszty postępowania odwoławczego). Dalej Odwołujący zaznaczył, że w sytuacji, w której wykonawca kwestionuje swoje odrzucenie i jednocześnie wnosi o odrzucenie oferty złożonej przez konkurencję, co może skutkować unieważnieniem postępowania Izba uznała, że wykonawcy przyswiera prawo do wniesienia odwołania - tak w wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1322/17. W wyroku KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1254/17 Izba stwierdziła, że wykonawca, którego oferta przekracza budżet w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia ma interes we wnoszeniu odwołania kwestionującego wybór oferty najkorzystniejszej i dążącego do ewentualnego unieważnienia postępowania, w przypadku, gdyby zamawiający nie był w stanie zwiększyć środków na wykonanie zamówienia w konkretnym postępowaniu, ale jest zainteresowany dalej danym zakresem zamówienia, dlatego też ma interes w tym, aby konkretne postępowanie zostało powtórzone, ponieważ liczy się przedmiotowy zakres zamówienia (zakres świadczenia, odpłatnej umowy) a nie konkretna procedura w ramach, której dany zakres zostanie zlecony wykonawcy do realizacji. Odwołujący przytacza fragment wyroku Izby z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16 - Odwołujący domagał się odrzucenia oferty konkurencji, a w momencie wnoszenia odwołania jego oferta była już poza terminem związania ofertą. Niemniej jednak w wyroku tym, Izba zwróciła uwagę na istotę środków ochrony prawnej i interes w zakresie danego zakresu zamówienia, a nie konkretnego postępowania, co powinno znajdować odzwierciedlenie we wszystkich przypadkach, w których wykonawcy - także w imię interesu publicznego, wszystkich podatników - chcą korzystać ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
Zarzut nr 1 - odrzucenie oferty Odwołującego

Odwołujący podał, że udzielił kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Załączył stosowny załącznik dowodzący poprawności przyjętej kalkulacji. Wyjaśnił podstawę „oszczędności” na kosztach transportu oraz ubezpieczeń społecznych. Nie istniała podstawa faktyczna do odrzucenia oferty Odwołującego. Decyzja o odrzuceniu jego oferty była subiektywną i nieobiektywną oceną Zamawiającego. Dodatkowo w/w decyzję zamawiającego należał rozważać całościowo, również w zestawieniu z drugą złożoną ofertą.

Zarzut nr 2 - brak odrzucenie oferty BRUKLAND

Odwołujący zakwestionował działanie Zamawiającego, który nie zakwestionował udzielonych mu przez ofertę BRUKLAND wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten złożył bowiem ofertę niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o 37,5%. W udzielonych wyjaśnieniach z dnia 27 maja 2023 r. BRUKLAND poprzestał na głośłownych twierdzeniach oraz załącznikach w postaci oświadczeń podwykonawców/zleceniobiorców. Odwołujący kolejno podniósł, że:

1. Wyjaśnienia nie zawierały żadnego uzasadnienia w zakresie tego jak rażąco niską cenę skalkulowali podwykonawcy/zleceniobiorcy wskazani przez BRUKLAND. W sposób nieuprawniony przerzucono ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny na podwykonawców, a Ci poprzestali na głośłownych oświadczeniach. Nie można takiego działania uznać za właściwe i wypełniające przesłanki ustawowe uprawdopodobnienia rażąco niskiej ceny

2. BRUKLAND nie wykazał dowodowo (w żaden sposób) na jakiej podstawie ustalono jakoby na wykonanie usługi potrzeba 336 h. Natomiast zupełnie błędnie

(i gołosłownie) wskazano, iż stawka 50,30 zł brutto za 1 rbg pracy inspektora nadzoru jest stawką godną i właściwą. Odwołujący wskazują, iż organizacje sektora budownictwa i nieruchomości, w ramach porozumienia mającego na celu określenie minimalnej stawki roboczogodziny i ułatwienia kalkulacji kosztów pracy w zamówieniach rekomendują nową stawkę minimalną na drugą połowę roku 2023 na kwotę 30,28 zł. Stawka wynagrodzenia fachowca z doświadczeniem i wykształceniem oraz znacznym zakresem odpowiedzialności powinna stanowić kilkakrotność w/w stawki.

3. Wskazana powyżej stawka dodatkowo musi uwzględniać koszty dojazdów na miejsce wykonywania usług. Biorąc pod uwagę, iż miejscem wskazanym jako siedziba BRUKLAND i Inspektora dla branży drogowej jest Giżycko to w dwie strony przy każdej wizycie na budowie musi on pokonać 120 km, co przy stawce ryczałtu samochodowego z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2022 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy wynoszącej 1,15 zł daje koszt jednego dojazdu w wysokości 138 zł. Zestawienie tej wartości z ilością koniecznych wizyt na budowie inspektorów sprawdzi faktyczną stawkę roboczogodzin pracy inspektora nadzoru poniżej kwoty przewidzianej dla robotników budowlanych.

4. odwołujący podał, że całkowicie gołosłowne są twierdzenia jakoby inspektor branży drogowej „5 razy w tygodniu był na budowie w Węgorzewie, co skraca dojazd oraz posiada do dyspozycji pojazd służbowy”. BRUKLAND nie załączył żadnej umowy, protokołu lub innego dowodu wskazującego zarówno pobyt „5 razy w tygodniu” inspektora branży drogowej w Gołdapi oraz nie wykazał na posiadanie samochodu służbowego (i co istotne ewentualnych kosztów użytkowania takiego samochodu).

5. BRUKLAND nie załączył żadnego dowodu na rzekome wieloletnie i wielokrotne doświadczenia pozwalające mu zredukować koszty wykonania usługi.

Całość wyjaśnień BRUKLAND jest lakoniczna, gołosłowna i nie uprawdopodobniona.

Izba w wyroku z dnia 15 kwietnia 2015 r. (KIO 637/15) jednoznacznie podkreśliła, iż gdy zamawiający zwraca się nie tylko o udzielenie wyjaśnień, ale też o złożenie dowodów. Z kolei na wykonawcy ciąży ustawowy obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje przy tym, że wykazać, oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca musi więc nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Mówiąc wprost, wykonawca musi złożyć wyjaśnienia poparte dowodami, a zatem nie będą spełniać tego wymogu przesłanki "wykazania" gołosłowne tj. niczym nie poparte twierdzenia.

Dodatkowo wyjaśnienie rażąco niskiej ceny musi być szczegółowe i wyczerpujące oraz kompletne już na pierwsze wezwanie zamawiającego (powołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1895/19 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 985/21. Okoliczności w/w orzeczenia w pełni oddają stan faktyczny i prawny w odniesieniu do niniejszej sprawy lakonicznych wyjaśnień BRUKLAND. Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 czerwca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie

Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba stwierdziła:

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

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowód zawnioskowany przez Zamawiającego (dowód nr 1) tj. pytanie skierowane w dniu 27 czerwca 2023 roku do wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUKLAND P. D. z siedzibą w Giżycku oraz wyjaśnienia tego wykonawcy (2 karty).

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający wskazał w Rozdziale VI. Opis przedmiotu zamówienia oraz opis części zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap, o łącznej długości 1,46 km i szer. 3,0 m, budowa linii oświetleniowej z lampami parkowymi ze źródłem światła ledowym - 64 szt., ustawienie wzdłuż ścieżki 10 koszy i 9 ławek.

Ciąg pieszo - rowerowy o nawierzchni nieutwardzonej z mieszanki gruntu rodzimego- optymalnej żwirowo - gliniastej 0/20mm o gr. min 10 cm. Ograniczenie ciągu pieszo – rowerowego obrzeżem betonowym 8 x 30 cm z wyłączeniem odcinka od km. 1+064,77 do km1+170,04. Na odcinku istniejącego parkingu (przy OHP) istniejąca nawierzchnia o szer.ok.2-2,5m do wymiany (przebudowy) na nawierzchnię z kostki brukowej z górną powierzchnią płukaną o gr. 8cm koloru czerwonego.

Szczegółowy opis zakresu robót budowlanych przedstawiony został w dokumentacji technicznej - dostępnej pod adresem strony internetowej:

lub poprzez

Łączna wartość nadzorowanych robót to ok. 2,06 mln zł. Roboty budowlane będą prowadzone i rozliczne na podstawie 1 umowy - wzór postanowień umownych dostępny jest również pod ww. linkiem.

Do obowiązków inspektora nadzoru należeć będzie pełen zakres czynności, jaki dla inspektora nadzoru przewiduje aktualnie obowiązująca ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i ponadto:

a) Kontrola zgodności wykonania robót budowlanych pod względem technicznym, materiałowym, użytkowym i ekonomicznym, z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, pozwoleniami na budowę, z przepisami techniczno – budowlanymi, normami, a także z zasadami wiedzy technicznej;

b) Sprawdzanie jakości wykonanych robót budowlanych i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i niedopuszczonych do stosowania w budownictwie;

c) Koordynacja robót poszczególnych branż;

d) Sprawdzanie i odbiór robót ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach instalacji, urządzeń technicznych, oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru robót budowlanych;

e) Gromadzenie dokumentacji zdjęciowej z postępu prac i udostępnianie Zamawiającemu na jego żądanie;

f) Potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad;

g) Sprawdzanie dokumentów przedkładanych przez Wykonawcę do odbiorów częściowych i odbioru końcowego;

h) Przeprowadzanie rozliczenia wykonanych i odebranych robót, zgodnie z umową zawartą przez Zamawiającego z Wykonawcą robót;

i) Potwierdzenie gotowości do odbioru, dokonanie odbioru w obecności Zamawiającego i Wykonawcy robót, sprawdzenie i weryfikacja obmiarów i kosztorysów;

j) Uczestniczenie w spotkaniach organizowanych przez Wykonawcę robót lub Zamawiającego oraz sporządzanie protokołów z narad;

k) Prowadzenie nadzoru inwestorskiego w przypadku wystąpienia robót dodatkowych na ww zasadach (w ramach ustanowionego w umowie wynagrodzenia);

l) Dokonywanie przeglądów w okresie gwarancji udzielonej przez Wykonawcę robót;

m) Doradztwo i opiniowanie, uzgadnianie dokumentów oraz wszelkie inne czynności mające na celu należyłą realizację zadania – zgodnie z obowiązującym prawem oraz wytycznymi Zamawiającego.

W SWZ, w Rozdziale VII- Termin wykonania zamówienia - 4 miesiące

Zgodnie z SWZ Rozdział XIV. Termin otwarcia ofert

Termin składania i otwarcia ofert – 24 maja 2023 roku

W Załączniku nr 10 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, w§ 3. Termin wykonania zamówienia, Zamawiający podał:

1. Usługa, będąca przedmiotem umowy realizowana będzie począwszy od daty podpisania umowy, przez okres realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego i rozliczenia końcowego wykonanych robót, tj. przez okres 4 miesięcy. Planowany termin zakończenia robót 31 sierpień 2023 r.

2. Określony powyżej termin ma jedynie charakter informacyjny.

3. W przypadku przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych ponad planowany, Wykonawca zobowiązany będzie do pełnienia nadzoru inwestorskiego w pełnym zakresie określonym w SWZ i niniejszej umowie, do czasu zakończenia i odbioru wszystkich robót budowlanych, w ramach wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 niniejszej umowy.

3. Wykonawca zobowiązuje się do pełnienia nadzoru inwestorskiego w odpowiednim zakresie, także w okresie gwarancji i rękojmi na roboty budowlane.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1) wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUKLAND P. D. z siedzibą w Giżycku (dalej: BRUKLAND) - **27 921,00** zł brutto

2) wykonawcy M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku (dalej: Odwołujący) - **12 000,00** zł brutto

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 36 321,16 zł netto co stanowi równowartość 8 214,78 euro, zgodnie z Protokołem postępowania ZP (pkt 3) – jest to wartość zamówienia udzielanego, stanowiącego część zamówienia.

Pismem z dnia 25 maja 2023 roku Zamawiający skierował wezwanie do BRUKLAD:

Gmina Gołdap reprezentowana przez Burmistrza Gołdapi w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie w terminie 3 dni, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ze szczególnym uwzględnieniem zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 ww. Ustawy w tym uwzględnieniem m.in.: kosztów pracowniczych, kosztów i częstotliwości dojazdów na miejsce prowadzenia robót związanych z budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap w planowanym okresie realizacji tej inwestycji tj.: przez okres 4 miesięcy, a także wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego.

Ponadto w oparciu o art. 224 ust.4 Ustawy Pzp, wnosimy o złożenie wyjaśnień dotyczących:

- 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 z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W toku analizy złożonych ofert, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy Pzp, cyt.:

„2. 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”;

Zamawiający zwrócił uwagę na różnicę pomiędzy zadeklarowaną przez Państwa ceną ofertową w wysokości 27 921,00, a tzw. „bruttowioną” wartością szacunkową zamówienia, określoną na poziomie 44 675,03 zł.

Z powyższego wynika, że cena ofertowa w wysokości 27 921,00 zł brutto jest niższa o 37,5% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o 37,5%.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Jednocześnie informujemy, że Zamawiający zobowiązany będzie odrzucić Państwa ofertę, jeżeli w wyznaczonym terminie nie złożone zostaną wyjaśnienia w ww. zakresie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Pismem z dnia 27 maja 2023 roku BRUKLAND udzielił następujących wyjaśnień (dokument jawny):

W odpowiedzi na pismo wzywające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej za wykonanie w/w zadania, odpowiadam:

Na cenę całkowitą składają się kwoty wynagrodzeń poszczególnych Inspektorów branżowych, którzy świadczą usługę na moją rzecz oraz wszelkie koszty pośrednie i zakładany zysk mojej firmy.

Każdy z Inspektorów branżowych sam zaproponował cenę za jaką podejmie się prowadzenia nadzoru w swojej branży tj.

Branża drogową: 14 400,00 zł

Branża elektroenergetyczna: 2500,00 zł

Ogółem daje to kwotę 16 900,00 zł.

Znając specyfikę prowadzenia nadzorów inwestorskich i związanych z tym wymogów oceniono, że łączny nakład roboczo-godzin na wykonanie tego zadania to około 336 godzin. Biorąc pod uwagę kwotę przeznaczoną na wynagrodzenia, stawka godzinowa inspektorów nadzoru inwestorskiego w poszczególnych branżach wyniesie wobec tego około 50,30 zł/godz. brutto, co nie jest kwotą wygórowaną ale godną pracy fachowców z odpowiednimi uprawnieniami i wieloletnią praktyką.

Ponadto Inspektor branży drogowej jest 5 razy w tygodniu na budowie w Węgorzewie

co skraca dojazd do inwestycji w Gołdapi, oraz posiada do dyspozycji samochód służbowy, którego koszty eksploatacyjne są rozliczane na te same inwestycje, co obniża koszty. Prowadziłem już wielokrotnie wykonanie zadań polegających na pełnieniu nadzoru inwestorskiego i wiem jakie koszty z mojej strony muszą ponieść na zorganizowanie tego typu procesu w celu rzetelnego spełnienia oczekiwań zamawiającego.

W mojej ocenie pozostała część proponowanej kwoty za wykonanie tego zadania

tj. 11 021,00zł w pełni zapewni odpowiednie wykonanie i godziwy zysk.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami uważam, iż poprawnie skalkulowane są wszystkie czynniki mające wpływ na oferowaną cenę i bezpodstawnie jest stwierdzenie o rażąco niskiej cenie, za którą proponuję wykonanie przedmiotowego zadania.

Załączniki:

1. Oświadczenia inspektorów o cenie za którą podejmą się prowadzenia nadzoru inwestorskiego na w/w zadaniu.

Pismem z dnia 25 maja 2023 roku Zamawiający wezwał wykonawcę M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PKN M. H. z siedzibą w Olecku do złożenia wyjaśnień:

Gmina Gołdap reprezentowana przez Burmistrza Gołdapi w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie w terminie 3 dni, wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ze szczególnym uwzględnieniem zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 ww. Ustawy w tym uwzględnieniem m.in.: kosztów pracowniczych, kosztów i częstotliwości dojazdów na miejsce prowadzenia robót związanych z budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap w planowanym okresie realizacji tej inwestycji tj.: przez okres 4 miesięcy, a także wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego.

Ponadto w oparciu o art. 224 ust.4 Ustawy Pzp, wnosimy o złożenie wyjaśnień dotyczących:

- 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 z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W toku analizy złożonych ofert, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy Pzp, cyt.:

„2. 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”;

Zamawiający zwrócił uwagę na różnicę pomiędzy zadeklarowaną przez Państwa ceną ofertową w wysokości 12 000,00, a tzw. „ubruttowioną” wartością szacunkową zamówienia, określoną na poziomie 44 675,03 zł oraz średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu ofert, wynoszącą 19 960,50 zł brutto.

Z powyższego wynika, że cena ofertowa w wysokości 12 000,00 zł brutto jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o 73,14%, a także jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 39,88%.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Jednocześnie informujemy, że Zamawiający zobowiązany będzie odrzucić Państwa ofertę, jeżeli w wyznaczonym terminie nie złożone zostaną wyjaśnienia w ww. zakresie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Pismem z dnia 27 maja 2023 roku BRUKLAND udzielił następujących wyjaśnień (dokument jawny):

W związku z otrzymaniem wezwaniem dotyczącego rażąco niskiej ceny w stosunku

do przedmiotu zamówienia, wyjaśniam iż cena wynika z prowadzonej przez mnie działalności gospodarczej która jest dodatkowym zajęciem, w kwestii podlegania ubezpieczeniom społecznym ZUS obowiązuje mnie tylko składka zdrowotna, gdyż jestem zatrudniony w innym przedsiębiorstwie na cały etat. Nie muszę tym samym regulować składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i chorobowe oraz Fundusz Pracy.

Dodatkowo prowadzę inwestycję drogową w Gminie Banie Mazurskie oraz dwie inwestycje drogowe w Gminie Dubeninki co w znaczny sposób pozwala zmniejszyć koszty dojazdu na poszczególne zadania.

Podyktowana cena wiąże się również z potrzebą zdobycia doświadczenia jako

inspektor nadzoru inwestorskiego i możliwością startowania w późniejszych zamówieniach publicznych. Nie oznacza to jednak że nie posiadam doświadczenia jako inspektor nadzoru gdyż nadzory nad inwestycjami drogowymi prowadzę od 2015r. a samodzielną funkcję kierownika budowy sprawuję od 2011r. przez co zdobyłem bogate doświadczenie i wiedzę techniczną w tej branży.

Załączniki:

- wyczenie kosztów nadzoru inwestorskiego

Załącznik nr 1

Wyczenia kosztów nadzoru inwestorskiego na zadaniu:

Budowa ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap.

1. Dojazd na teren budowy: 4368,00 zł brutto

2. Pomiary kontrolne: 1500,00 zł brutto

3. Przeglądy gwarancyjne 1008 ,00 zł brutto

Suma: 6876,00 zł brutto

Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2023 roku przekazał informację o:

ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERTY

Gmina Gołdap, działając w oparciu o art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) zawiadamia o odrzuceniu oferty złożonej przez M. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PKN M. H. z siedzibą w Olecku (19-400) przy ulicy Leśnej 1c lok. 1, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie **sprawowania nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap**, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ww. Ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

UZASADNIENIE

W dniu 15 maja br., Zamawiający rozpoczął procedurę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez opublikowanie w tym dniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, ogłoszenia o zamówieniu o nr referencyjnym 2023/BZP 00215307/01, które zostało udostępnione wraz z dokumentami zamówienia na stronie prowadzonego postępowania

Wszczęcie ww. postępowania, poprzedzone zostało oszacowaniem w dniu 9 maja 2023 r. przez pracownika Zamawiającego, wartości zamówienia jako wartości łącznej, kształtującej się na poziomie 477 934,57 zł netto (107 314,21 euro), w tym wartości szacunkowej wchodzącego w jej skład, a dotyczącego niniejszego postępowania wynoszącej 36 321,16 zł netto (8 214,78 euro).

Termin składania ofert pierwotnie wyznaczony został na 23 maja 2023 r., jednakże został on przesunięty do 24 maja 2023 r. ze względu na modyfikację specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu, która podyktowana była doprecyzowaniem treści warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie podnieść należy, iż Zamawiający na realizację niniejszego zadania otrzymał dofinansowanie ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Oś Priorytetowa 5 - „Środowisko Przyrodnicze i racjonalne wykorzystywanie zasobów” Działanie 5.3. - „Ochrona różnorodności biologicznej” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko – Mazurskiego na lata 2014 -2020.

W wyznaczonym terminie, Zamawiający, przy użyciu Platformy e-Zamówienia, dokonał otwarcia ofert złożonych przez:

Oferta nr 1 - BRUKLAND P. D.

ul. Perkunowska 25, 11-500 Giżycko, NIP 8451890477

cena ofertowa: 27 921,00 zł brutto

czas reakcji na wezwanie Zamawiającego – 3 h

termin płatności – 30 dni

Oferta nr 2 – PKN M. H.

ul. Leśna 1c/1, 19-400 Olecko, NIP 8471452102

cena ofertowa: 12 000,00 zł brutto

czas reakcji na wezwanie Zamawiającego – 3 h

termin płatności – 30 dni

Tego samego dnia, czyli niezwłocznie po otwarciu ofert, Zamawiający na stronie prowadzonego postępowania zamieścił informację z otwarcia ofert, która została równocześnie przesłana do wykonawców, którzy złożyli oferty.

Wartość środków przeznaczonych na realizację niniejszego zamówienia podana przez Zamawiającego wynosi 45 000,00 zł brutto.

W toku analizy złożonych ofert, Zamawiający zwrócił uwagę na różnicę pomiędzy zadeklarowaną przez Pana M. H. - ceną ofertową w wysokości 12 000,00, a tzw. „ubruttowioną” wartością szacunkową zamówienia, określoną na poziomie 44 675,03 zł oraz średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu ofert, wynoszącą 19 960,50 zł brutto, co pozwoliło na stwierdzenie, że cena ofertowa w wysokości 12 000,00 zł brutto jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o 73,14%, a także jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 39,88%.

Tym samym wobec obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp zobowiązującego Zamawiającego w szczególności do ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w dniu 25 maja 2023 r., wystąpił do Pana M. H. – PKN M. H. z siedzibą w Olecku, o udzielenie, cyt.: „(...)wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ze szczególnym uwzględnieniem zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 ww. Ustawy w tym uwzględnieniem m.in.: kosztów pracowniczych, kosztów i częstotliwości dojazdów na miejsce prowadzenia robót związanych z budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Goldap w planowanym okresie realizacji tej inwestycji tj.: przez okres 4 miesięcy, a także wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego”.

W odpowiedzi w dniu 28 maja br. zostało złożone wyjaśnienie, w którym Wykonawca Pan M. H. określił koszty nadzoru inwestorskiego na wartość 6 876 zł brutto,

w skład których wchodzi dojazdy, pomiary kontrolne, przeglądy gwarancyjne, tym samym nie uzasadniają ceny ofertowej zadeklarowanej w ofercie, wynoszącej 12 000 zł brutto. Ponadto treści złożonego wyjaśnienia, przyjętego przez zamawiającego jako oświadczenia wykonawcy, wyraźnie wskazuje, że prowadzona działalność gospodarcza jest dodatkowym źródłem dochodu i metodą na zdobycie dodatkowego doświadczenia i nie generuje przy tym dodatkowych kosztów w postaci składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Podkreślenia jednak wymaga, że ze złożonych podmiotowych środków dowodowych wynika, że w celu spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu w złożonym wykazie osób predystynowanych do pełnia funkcji inspektora nadzoru oprócz branży drogowej, wskazano również inspektora nadzoru robót elektrycznych, jako zasób własny, nie odnosząc w złożonych wyjaśnieniach zagadnienia kosztów z tym związanych.

Ponadto Wykonawca – PKN M. H., powołuje się w swoich wyjaśnieniach, także na wieloletnie doświadczenie oraz prowadzone w ościennych gminach nadzory nad inwestycjami drogowymi, co pozwala na obniżenie kosztów.

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odnosi się do innej ceny niż ta podana w ofercie, tym samym trudno Zamawiającemu je uznać.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Podstawa do odrzucenia oferty występuje również w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne.

Zamawiający negatywnie ocenił ww. wyjaśnienia wykonawcy, bowiem były one niekonkretne i nie rozwiały jego wątpliwości co do tego czy złożona przez Pana M. H. oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i tym samym postanowił odrzucić jego ofertę.

Zdaniem Zamawiającego po otrzymaniu przez Pana M. H. prowadzącego działalność pod firmą PKN M. H. - wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, to w myśl art. 225 ust. 5 Ustawy Pzp, został na niego przerzucony ciężar wykazania, że zaproponowana przez ceną nie jest rażąco niska. Bowiem ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy, więc to on powinien zadbać o jakość swoich argumentów, poprzeć je stosownymi dowodami, kalkulacjami. Zobowiązany jest udzielić przekonujących wyjaśnień pozwalających rozwiać wszelkie wątpliwości, które nie mogą opierać się wyłącznie na ogólnych zapewnieniach Wykonawcy.

Wykonawca nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających przywoływane okoliczności, co oznacza, że nie udowodnił żadnego przedstawionego w swoim oświadczeniu argumentu.

Zamawiający nie może uznać złożonego przez Wykonawcę „wyjaśnienia” za wystarczające, ponieważ w jego ocenie, Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zadeklarowanej w ofercie przetargowej, a tym samym, nie pozwolił Zamawiającemu na rozwianie wątpliwości, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z zagadnieniem rażąco niskiej ceny, pomimo spoczywającego na wykonawcy obowiązku dowodowego w tym zakresie.

W tym miejscu warto przytoczyć w ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, że „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy”. Podobna wykładnia zawarta została w wyroku KIO z dnia 6 lutego 2015 r. w sprawie nr 148/15, zgodnie z którym: „Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; **wyjaśnienia** powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

Powyższe znajduje również uzasadnienie w wyroku KIO z 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt 2041/21, cyt.: „Zgodnie z przepisem art.226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu

jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, (...) jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej

w ofercie ceny lub kosztu. (...). Z przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

tj. w szczególności, że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu (...) jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami

nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne.”

W konsekwencji taką ofertę należy uznać za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, co skutkuje jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy Pzp.

Również pismem z dnia 14 czerwca 2023 roku Zamawiający przekazał:

ZAWIADOMIENIE

o wyborze najkorzystniejszej oferty

Gmina Gołdap reprezentowana przez Burmistrza Gołdapi, na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), informuje, że w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie sprawowania nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdap, oferta złożona przez:

BRUKLAND P. D. z siedzibą w Giżycku (11-500) przy ulicy Perkunowskiej 25, NIP 8451890477 została uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 2 Ustawy Pzp w oparciu o cenę, czas reakcji na wezwanie Zamawiającego oraz termin płatności, określonych w dokumentach zamówienia, jako kryteria oceny ofert:

-cena ofertowa – 27 921,00 zł brutto

-czas reakcji na wezwanie Zamawiającego – 3h

-termin płatności – 30 dni

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami ustawy.

- art. 226 ustawy –

ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

- art. 224 ust. 2 ustawy - 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.

- art. 224 ust. 5 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- art. 224 ust. 6 ustawy - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 516 ust. 1 ustawy - Odwołanie zawiera:

(...)

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

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 zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo kompletności i logiczności udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej, co zostało ustalone w ramach stanu faktycznego powyżej przytoczonego, Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty (25 maja), złożył wyjaśnienia (27 maja), a w konsekwencji tych czynności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (14 czerwca). W piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przedstawia szerokie uzasadnienie prezentowanego stanowiska.

W treści odwołania argumentacja przedstawiona przez Odwołującego zamyka się

w niecałych sześciu liniijkach i sposób lakoniczny odnosi się do czynności Zamawiającego. Brak jest tam jakiegokolwiek polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego, brak argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut odwołania.

Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu.

Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest

do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się

na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że dla oceny rzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97).

Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie

w kontekście podnoszonego zarzutu odwołania. Wyrażone przez Odwołującego stanowi raczej jego odczucie a nie polemikę z uzasadnioną w piśmie z dnia 14 czerwca 2023 roku czynnością Zamawiającego. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Zamawiającego podstawy naruszenia wskazanego przepisu.

Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy Odwołujący nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej, że czynność Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2023 roku odrzucenia oferty Odwołującego była nieprawidłowa.

W odniesieniu do wskazanych naruszeń art. 239 ust 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 17 ust. 2 ustawy – w ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób miałyby zostać powyższe przepisy naruszone. Izba nie poszukuje za Odwołującego argumentacji uzasadniającej naruszenie przez Zamawiającego wskazanych podstaw prawnych. w odniesieniu do ww. podstaw prawnych Odwołujący nie wskazał żadnego uzasadnienia. W tym zakresie pozostaje aktualna cała powyżej podniesiona argumentacja jaka Izba poczyniła w zakresie zarzutu (1) odwołania.

W zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia:

art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BRUKLAND pomimo, że złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie oferty z rażąco niską ceną nie zawierały żadnych dowodów, były gołostowne, nielogiczne

i nie uzasadniały podanej w ofercie ceny – Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza,

że cały dorobek orzeczniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala

to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak

w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna

do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny

wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający wezwał BRUKLAND do złożenia wyjaśnień, bowiem cena oferty Odwołującego za kwotę 27 921,00 zł brutto jest niższa

od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. 44 675,03 zł ustalonej przed wszczęciem postępowania o 37,5%.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególnie przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacji warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać

na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,

a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska

nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny.

To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia,

czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna

i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,

a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z

rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Izba poddał ocenie czynność Zamawiającego oceny wyjaśnień BRUKLAND i uznała że Zamawiający nie dokonał prawidłowo czynności oceny złożonych wyjaśnień przez ww. wykonawcę.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacją ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy,

do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy

do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to, że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania.

Ustawodawca po stronie wykonawcy ukształtował bezwzględny obowiązek wykazania,

że cena oferty nie jest rażąco niska. Podkreślić należy, że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie, że tylko taki wykonawca

ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki

ma to wpływ na całość oferty cenowej. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające na wysokość ceny oferty znane są również samemu wykonawcy,

a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów, tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem określenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena nie jest rażąco niska, a na to niewątpliwie ma wpływ wycena poszczególnych jej elementów, co wydaje się również zrozumiałe było dla wykonawcy BRUKLAND, a zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy sposób argumentacji i dowiedzenia ich stanowi domenę wykonawcy. Natomiast dokładność tych informacji oraz ich potwierdzenie (dobór dowodów) podlegające ocenie Zamawiającego.

Zamawiający poddając wyjaśnienia BRUKLAND ocenie uznał nieprawidłowo w ocenie Izby, że cena jego oferty obejmuje wszystkie elementy oraz, że zaistniały szczególne okoliczności uprawniające wykonawcę do wyceny zamówienia na takim poziomie. Wezwanie skierowane do BRUKLAND było w swej treści bardzo precyzyjne (*ze szczególnym uwzględnieniem zakresu wskazanego w art. 224 ust. 3 ww. Ustawy w tym uwzględnieniem m.in.: kosztów pracowniczych, kosztów i częstotliwości dojazdów na miejsce prowadzenia robót związanych z budową ciągu pieszo – rowerowego wzdłuż jeziora Gołdapi w planowanym okresie realizacji tej inwestycji tj.: przez okres 4 miesięcy, a także wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego...*)

W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek informacji odnoszącej się do jednoznacznie żądanych do wykazania przez Zamawiającego kosztów i częstotliwości dojazdu na miejsce prowadzenia robót budowlanych. Wyjaśnienie wykonawcy BRUKLAND odnosi się jedynie do wskazania, że *inspektor branży drogowej jest 5 razy w tygodniu*

na budowie w Węgorzewie co skraca dojazd do inwestycji w Gołdapi, oraz posiada

do dyspozycji samochód służbowy, którego koszty eksploatacyjne są rozliczane na te same inwestycji, co obniża koszty.

Nie sposób na podstawie takiego oświadczenia uznać w jaki sposób pokrywane będą przez wykonawcę koszty dojazdu na miejsce prowadzenia robót budowlanych. Nawet, gdyby przyjąć, że Inspektor branży drogowej – czyli jednej z dwóch biorących udział w realizacji usługi - będzie dojeżdżał na miejsce robót budowlanych

z Węgorzewa, gdzie 5 razy w tygodniu jest na budowie, to nie dowodzi to w żaden sposób skalkulowania kosztów dojazdu do miejsca robót budowlanych w Gołdapi. Nie sposób również wywnioskować z takiej argumentacji, w jaki sposób rozliczane są koszty eksploatacji samochodu służbowego, bowiem wskazanie, że rozliczane są one na inwestycji

w Węgorzewie w żaden sposób nie uzasadnia kosztów dojazdu do Gołdapi. Jednocześnie, gdyby przyjąć, że powyższe oświadczenie BRUKLAND znaczy tyle, że koszty eksploatacji samochodu służbowego, dojazdu na miejsce robót budowlanych w Gołdapi finansowane są w ramach rozliczania innej inwestycji, to oznaczałoby tyle, że koszty dojazdu do Gołdapi nie zostały uwzględnione w cenie oferty wykonawcy. Wieloznaczność oświadczenia wykonawcy BRUKLAND, brak szczegółów i faktycznych kosztów dojazdu do Gołdapi przy jednoczesnym braku wskazania częstotliwości tych dojazdów powoduje, że nie można uznać tych wyjaśnień za potwierdzające okoliczności na jakie były złożone.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że wykonawca BRUKLAND nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego to, że faktycznie Inspektor branży drogowej, wskazany do udziału w realizacji tego zamówienia jednocześnie realizuje zadania na inwestycji w Węgorzewie. Okoliczność tak, jak również fakt, że częstotliwość realizacji zadań na inwestycji w Węgorzewie to 5 razy w tygodniu nie są ani niemożliwe, ani trudne do wykazania dowodowo. Izba uznaje za zasadne twierdzenia Odwołującego odnoszące się

do gołosłowności teje argumentacji. W konsekwencji braku wykazania, że koszty dojazdu do Goldapi zostały prawidłowo skalkulowane, o ile zostały w ogóle skalkulowane w obliczu oświadczenia wykonawcy BRUKLAND, że koszty eksploatacji samochodu rozliczane są na inwestycji w Węgorzewie, nie sposób uznać, że w złożonych wyjaśnieniach te koszty zostały wykazane i w jakikolwiek sposób skalkulowane w cenie oferty.

Izba dostrzegła również, że Odwołujący pomija w swojej argumentacji koszty dojazdu Inspektora branży energetycznej na miejsce wykonania robót budowlanych przedmiotowego zamówienia, tym samym w tym zakresie nie znajduje podstawy do rozpoznania.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego co do wskazanych przez wykonawcę BRUKLAND 336 godzin niezbędnych dla realizacji usługi. W tym zakresie, poza stwierdzeniem, że nie wykazano podstaw obliczenia czasookresu niezbędnego do realizacji usługi Odwołujący nie poczynił żadnej argumentacji faktycznej, która dałaby się poddać jakiegokolwiek ocenie. Jednocześnie brak jest argumentacji w Odwołaniu w zakresie częstotliwości dojazdów w kontekście przyjętej liczby godzin przez wykonawcę BRUKLAND.

W odniesieniu do kosztów wynagrodzenia Inspektora branży drogowej oraz Inspektora branży energetycznej Izba uznała twierdzenia Odwołującego za gołosłowne. Wymaga wskazania, że wykonawca składający odwołanie w zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny konkurencyjnej oferty nie zostaje zwolniony z obowiązku dowodzenia swoich twierdzeń. Argumentacja Odwołującego pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że przyjęta stawka (50,30 zł) za godzinę pracy, w konsekwencji wynagrodzenie każdego z inspektorów, przewyższa stawkę minimalną (30,28 zł) do której referuje sam Odwołujący. Gołosłowne

i niczym nieoparte są również twierdzenia, że wynagrodzenie inspektorów powinno stanowić kilkakrotność stawki minimalnej. Na tą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu.

Natomiast przedstawienie przez wykonawcę BRUKLAND oświadczeń inspektorów

o realizacji usługi za określoną w tych oświadczeniach kwotę stanowi w ocenie Izby wystarczający dowód wyjaśniający kalkulację ceny oferty w zakresie kosztów wynagrodzenia inspektorów. Odwołujący kwestionując przedstawione dokumenty – jakoby przerzucono

na inspektorów ciężar dowodu – w żaden sposób nie wyjaśnia, jak miałyby wykonawca BRUKLAND wykazać inaczej koszty wynagrodzenia inspektorów skalkulowane w cenie oferty, a uzgodnione z tymi inspektorami. Odwołujący odmawia wiary złożonym oświadczeniom, jednakże w żaden sposób argumentuje dlaczego też te oświadczenia należałoby uznać za niewłaściwe. Odwołujący nie wyjaśnia również na jakiej zasadzie uznał oświadczenia wykonawców za oferty „podwykonawców”. Natomiast z dowodu przedstawionego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, że inspektorzy nie są podwykonawcami w realizacji usługi lecz swoje zadania wykonywać będą na podstawie umów zlecenia. W zasadzie twierdzenia Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne

co do przedstawiania dowodów na wykazanie realności oferowanej ceny, bowiem z jednej strony kwestionuje oświadczenia inspektorów, ale z drugiej strony twierdzi, że możliwe było wykazanie przez wykonawcę udziału Inspektora branży drogowej na inwestycji

w Węgorzewie. Sposób dowodzenia twierdzeń przez wykonawcę składającego wyjaśnienia jest domeną tego wykonawcy. Złożenie wraz z wyjaśnieniami oświadczeń inspektorów stanowi niewątpliwie jednoznaczny dowód kalkulacji ceny w zakresie wynagrodzenia. Odwołujący podnosi również, że inspektorzy „poprzestali na gołosłownych oświadczeniach”, jednocześnie nie wyjaśnia co też mieliby innego oświadczyć jak to, że za określoną kwotę podejmują się realizacji określonych zadań. Jednocześnie w żaden sposób nie wykazał Odwołujący, że koszty wynagrodzenia inspektorów są poniżej stawek minimalnych czy też że są nierealistyczne w ramach tej inwestycji tj. *nadzoru inwestorskiego nad budową ciągu pieszo-rowerowego wzdłuż jeziora Goldap*.

Izba nie znajduje również uzasadnienia dla uwzględnienia stanowiska Odwołującego odnoszącego się do braku przedstawiania przez wykonawcę BRUKLAND dowodów na potwierdzenie wieloletniego i wielokrotnego doświadczenia pozwalającego na redukcję kosztów. Samo odwołanie się do nieprzedstawienia powyższych dowodów Izba uznaje za niezasadne, bowiem w żaden sposób Odwołujący nie kwestionował sposobu kalkulacji ceny oferty przy ujęciu posiadanego doświadczenia i jego wpływu na kalkulację ceny oferty. Brak wskazania w wyjaśnieniach przez BRUKLAND faktycznych elementów wynikających

z doświadczenia, a wpływających na kalkulację ceny oferty powoduje, że w zasadzie

nie sposób uznać co też dowodowo miałyby być dowiedzione w zakresie kalkulacji ceny oferty w przyzmacie posiadanego doświadczenia.

Izba mając na uwadze powyższe rozważania, stwierdza, że doszło do naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BRUKLAND, w konsekwencji doszło do naruszenia zasady z art. 16 ust. 1 ustawy.

W odniesieniu do wskazanych skutkowo naruszeń art. 239 ust 1 ustawy w zw. art. 17 ust. 2 ustawy – w ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób miałyby zostać powyższe przepisy naruszone. Izba nie poszukuje za Odwołującego argumentacji uzasadniającej naruszenie przez Zamawiającego wskazanych podstaw prawnych.

W odniesieniu do ww. podstaw prawnych Odwołujący nie wskazał żadnego uzasadnienie.

W tym zakresie pozostaje aktualna cała powyżej podniesiona argumentacja jaka Izba poczyniła w zakresie zarzutu () odwołania.

Izba stwierdza dodatkowo że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta

w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt

z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą oraz odstępnie od określonych przepisami prawa procedur postępowania w tym procedury z art. 244 ustawy, a w szczególności pomijanego art. 224 ust. 5 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W rozpoznawaniu sprawie odwołanie okazało się niezasadne w zakresie jednego z dwóch podniesionych zarzutów odwołania i koszty zostały rozdzielone stosownie do rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: