

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Renewal Art spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Daleszycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Maciejowice

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Józefowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Maciejowice prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa infrastruktury turystycznej w zabytkowym centrum Maciejowic”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00113615.

I. W dniu 11 kwietnia 2023 r. wykonawca Renewal Art spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Daleszycach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Józefowie (dalej jako „wykonawca Meltor”), pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i w związku z tym oferta ta powinna zostać odrzucona.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 kwietnia 2023 r.,
- odrzucenia oferty wykonawcy Meltor jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy Meltor.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł m.in.:

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące wyliczenia ceny wykonawca Meltor nie udzielił wyjaśnień w zakresie punktów 5 – 7 tego wezwania, a w pozostałym zakresie udzielił jedynie częściowe wyjaśnienia, na potwierdzenie których nie przedstawił dowodów lub przedstawił dowody, które nie potwierdzają, że oferta została skalkulowana w sposób zgody z zasadami sztuki, a zaoferowana cena pozwoli na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty. Wykonawca Meltor nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie zgodności oferty z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (np. umów o pracę), ani innych dowodów, poza własnym oświadczeniem, potwierdzających adresy zamieszkania tych 10 osób. Zdaniem odwołującego do wykonania zamówienia niezbędna jest większa liczba pracowników niż 10 osób. Wykonawca Meltor nie wyjaśnił czy

sprzęt potrzebny do realizacji zamówienia posiada na własność czy jest on przedmiotem leasingu lub innej formy finansowania (kredyt, najem długoterminowy), a ponadto pominął inne koszty, które związane są z posiadaniem sprzętu, tj. koszty ubezpieczenia, części eksploatacyjnych, serwisu oraz amortyzacji. Wykonawca Meltor wskazał jakie rabaty otrzymuje od swoich dostawców, nie przedstawił jednak cen podstawowych tych materiałów oferowanych przez poszczególne podmioty. Okoliczność, że wykonawca Meltor posiada zmagazynowane elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, które pochodzą z 2022 r., nie potwierdza, że ceny ich zakupu były korzystne. Wiedzą powszechnie dostępną jest, że ceny materiałów budowanych w 2022 r. były najwyższe od wielu lat. Wykonawca Meltor nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów (np. faktur zakupowych na pełny zakres elementów betonowych tj. kostki betonowej, krawężników, obrzeży i oporników niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia) jak i wyliczeń, jaki wpływ miały te ceny na wartość oferty. Odwołujący zauważył, wykonawca Meltor musiał dodatkowo ponosić koszty magazynowania materiałów, które zakupił w 2022 r., a także ich kredytowania. W ocenie odwołującego zastosowanie podczas szacowania ceny oferty programów do kosztorysowania czy posiadanie certyfikatu ISO nie potwierdza, że oferta wykonawcy nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Wykonawca Meltor nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych wyliczeń, które pokazałyby wpływ wskazanych w piśmie argumentów na cenę oferty. Natomiast złożone przez wykonawcę Meltor dowody w przeważającej części pochodzą z okresu po złożeniu oferty.

II. Pismem wniesionym w dniu 24 kwietnia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł m.in.:

Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę Meltor zamawiający uznał za wyczerpujące, logiczne i poparte konkretnymi wyliczeniami. Ponadto, zamawiający wskazał, że dysponuje kosztorysami inwestorskimi, wykonanymi w programie NORMA PRO, w których cena za wykonanie przedmiotu zamówienia została skalkulowana na poziomie niższym niż cena żądana przez wykonawcę Meltor.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Józefowie.

W piśmie wniesionym w dniu 25 kwietnia 2023 r. wykonawca Meltor przedstawił stanowisko w sprawie. W ramach swojego stanowiska wykonawca Meltor zaprezentował argumentację

uzupełniającą treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 21 marca 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Meltor do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności 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.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Meltor udzielił pismem z dnia 28 marca 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Meltor jako zawierającej rażąco niską cenę z uwagi na to, że przedstawione przez tego wykonawcę wyjaśnienia były niewystarczające do uznania, że złożona przez niego oferta nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w stosunku do oferty wykonawcy Meltor zaistniała podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie określają jednego konkretnego sposobu udzielania wyjaśnień jak i nie zawierają wytycznych co do oceny wyjaśnień przez zamawiającego. W związku z tym oceny tej należy dokonywać uwzględniając konkretne okoliczności danej sprawy, w tym treść wezwania zamawiającego.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na treść wezwania do wyjaśnień ceny, które zostało sformułowane przez zamawiającego w piśmie z dnia 21 marca 2023 r. W piśmie tym zamawiający wskazał zakres wyjaśnień oczekiwanych od wykonawcy Meltor, przytaczając regulację art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. W przepisie tym zostały wymienione różne okoliczności mogące mieć wpływ na poziom ceny skalkulowanej przez wykonawcę. W treści wezwania zamawiający nie odniósł się do treści kosztorysów ofertowych przedstawionych przez wykonawcę. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca Meltor przedstawił wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu zamawiającego. W piśmie z dnia 28 marca 2023 r. wykonawca Meltor przedstawił okoliczności, które skutkują możliwością zaoferowania przez niego niższej ceny, konkurencyjnej względem innych wykonawców: miejsce zamieszkania pracowników w pobliżu miejsca wykonania zamówienia, realizacja przeważającej części zamówienia bez udziału podwykonawców – brak kosztów stanowiących marżę podwykonawców, możliwość przedstawienia atrakcyjnych ofert przez podwykonawców robót elektrycznych i zieleniarskich z uwagi na siedziby i obszar działalności w powiecie garwolińskim, posiadanie własnego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, posiadanie dużych rabatów dzięki długoletniej współpracy z dostawcami materiałów robót budowlanych – obniżenie kosztów wykonania nawierzchni granitowych i jej obramowania krawężnikami, obrzeżami i opornikami kamiennymi, podbudowy oraz zakupu brukowych elementów betonowych, zmagazynowanie części materiałów zakupionych w 2022 r. Wykonawca Meltor oświadczył, że kosztorysy załączone do oferty były kalkulowane w oparciu o program do kosztorysowania NORMA EXPERT, z zastosowaniem cen robocizny i sprzętu na poziomie cen pomiędzy ceną minimalną a ceną średnią wydawnictwa Intercenbud oraz w oparciu o oferowane ceny dostawców materiałów z uwzględnieniem zaoferowanych rabatów. Ponadto, wykonawca Meltor wskazał na posiadany „Zintegrowany System Zarządzania” ISO 9001:2015. Przedstawił dowody w postaci oświadczenia o miejscu zamieszkania pracowników, listów referencyjnych zawierających informacje o udzielonym rabacie, warunków handlowych, kosztorysu ofertowego jednego z dostawców wraz z porównaniem cen, oferty cenowej oraz certyfikatu ISO 9001:2015. Stwierdził, po ponownym przeanalizowaniu kalkulacji, że zawiera ona wszystkie niezbędne koszty do rzetelnego wykonania zadania.

Po drugie, należy zauważyć, że w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz ofertą kosztorys ofertowy wykonany na podstawie przedmiaru robót metodą kalkulacji uproszczonej jako element pomocniczy i informacyjny. Zamawiający dysponował zatem kosztorysem ofertowym wykonawcy Meltor już na etapie składania ofert. Jednakże w treści wezwania zamawiający nie zakwestionował żadnej z pozycji kosztorysów przedstawionych przez wykonawcę Meltor. Wręcz przeciwnie, w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że dysponuje kosztorysami inwestorskimi, wykonanymi w programie

NORMA PRO, w których cena za wykonanie przedmiotu zamówienia została skalkulowana na poziomie niższym niż cena żądana przez wykonawcę Meltor. W sytuacji ogólnej treści wezwania nie można oczekiwać od wykonawcy, że przedstawi szczegółowe wyjaśnienia do każdej pozycji kosztorysu ofertowego (jak wskazał wykonawca Meltor w tym przypadku było ich ok. 200).

Po trzecie, również odwołujący nie zakwestionował w treści odwołania żadnej pozycji kosztorysów ofertowych wykonawcy Meltor. Odwołujący zarzucił natomiast, że wykonawca Meltor w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych wyliczeń, które pokazałyby wpływ wskazanych w piśmie argumentów na cenę oferty. Między innymi odwołujący wskazał, że wykonawca Meltor powołał się na posiadane duże rabaty, ale nie zostały przedstawione ceny podstawowe tych materiałów i w związku z tym nie można stwierdzić czy pomimo zastosowania poszczególnych rabatów oferta wykonawcy nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Należy jednak zauważyć, że ceny jednostkowe zostały przedstawione w złożonych przez wykonawcę Meltor kosztorysach. Zatem podanie konkretnych wartości liczbowych uzyskanych oszczędności, jak i podstawowych cen materiałów – uwzględniając z jednej strony ogólną treść wezwania zamawiającego, a z drugiej fakt złożenia kosztorysów ofertowych wraz z ofertą - nie było niezbędne. Nieprzedstawienie w wyjaśnieniach wyliczeń w zakresie uzyskanych oszczędności nie może stanowić wystarczającej przesłanki do stwierdzenia wystąpienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – bez uwzględnienia innych okoliczności.

Po czwarte, odnosząc się do zarzutu dotyczącego przedstawienia przez wykonawcę Meltor jedynie częściowych dowodów, należy przypomnieć, że w ustawie Pzp nie ma określonego katalogu dowodów, jakie obowiązany jest złożyć wykonawca wraz z wyjaśnieniami. W ocenie składu orzekającego Izby, w związku z uprzednim złożeniem wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, jak i brakiem wskazania przez zamawiającego w wezwaniu które konkretnie pozycje tych kosztorysów wymagają szczegółowego wyjaśnienia, wykonawca Meltor nie był obowiązany do przedstawienia dowodu na poparcie każdej okoliczności dotyczącej wyliczenia ceny. Okoliczność, że na dokumencie widnieje data sprzed terminu składania ofert nie dyskwalifikuje takiego dokumentu jako dowodu do wyjaśnień. Wykonawcy mogą uzgadniać warunki handlowe w różnej formie, w tym ustnie. Wykonawcy do wyjaśnień załączają dowody na potwierdzenie tego, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, a nie dowody potwierdzające sposób sporządzenia kalkulacji na dzień złożenia oferty.

Po piąte, odnosząc się do zarzutu, że wykonawca Meltor w ogóle nie odpowiedział na pkt 5 – 7 wezwania, należy zauważyć, że odniesienie się do pkt 6 wezwania zostało częściowo zawarte pod lit. a) wyjaśnień wykonawcy Meltor. Jeżeli chodzi o pkt 5 wezwania, to należy zauważyć, że w sytuacji gdy w danym przypadku nie występuje pomoc publiczna, nie ma

potrzeby składania w tym zakresie wyjaśnień. Podobnie, gdy nie występują okoliczności wymagające zastosowania szczególnych przepisów z zakresu ochrony środowiska (pkt 7).

Należy przyznać, że wyjaśnienia wykonawcy Meltor z pewnością mogły być bardziej szczegółowe i konkretne. Potwierdził to sam wykonawca Meltor przedstawiając stanowisko w sprawie (pismo wniesione w dniu 25 kwietnia 2023 r.), stanowiące uzupełnienie treści wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże, mając na uwadze takie okoliczności jak:

- złożenie przez wykonawcę Meltor kosztorysów ofertowych wraz z ofertą;
- ogólny charakter wezwania zamawiającego, w tym brak żądania szczegółowych wyjaśnień w zakresie konkretnych pozycji kosztorysów ofertowych;
- niezakwestionowanie przez odwołującego w odwołaniu żadnej z pozycji kosztorysów ofertowych wykonawcy Meltor, brak zarzutu w zakresie niewystarczającej treści wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny

nie można uznać, że wyjaśnienia wykonawcy Meltor nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i w związku z tym oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przy czym, należy podkreślić, że ocenie podlega łączna cena za wykonanie zamówienia, gdyż istotne części składowe ceny nie zostały zakwestionowane ani przez zamawiającego w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień, ani przez odwołującego w odwołaniu.

Wymaga wyjaśnienia, że rozpoznając niniejszą sprawę Izba pominęła argumentację przedstawioną przez odwołującego na rozprawie, w tym złożone dowody, wykraczające poza zarzuty odwołania (tj. w przeważającej części przedstawioną argumentację oraz wszystkie dowody). Należy przypomnieć, że w postępowaniu odwoławczym pod pojęciem zarzutu rozumie się konkretne okoliczności faktyczne, które zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów prawa. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba pominęła również dowody złożone przez wykonawcę Meltor. W postępowaniu odwoławczym ocenie podlegają co do zasady wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oraz dowody złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 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).

Przewodniczący: