

WYROK
z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2022 r. przez wykonawcę AMG Proinvest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowe Brzesko

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Nowe Brzesko unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty AMG Proinvest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Nowe Brzesko i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę AMG Proinvest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Nowe Brzesko na rzecz wykonawcy AMG Proinvest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach kwotę 13 617 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - AMG Proinvest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach (dalej jako „Odwołujący”) – na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonaną przez zamawiającego – Gminę Nowe Brzesko (dalej jako „Zamawiający”) – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Hebdów, gm. Nowe Brzesko etap II” (dalej jako „Postępowanie”).

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt.8 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uwiarygodniły możliwości realizacji zamówienia o wartościach wynikających z ofert, w sytuacji gdy złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób należyty, konkretny i wyczerpujący wykazały, iż cena w ofercie Odwołującego nie jest rażąco niska, jest porównywalna do cen rynkowych podobnych zamówień i nie spowoduje braku możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia z należytą starannością przy założeniu osiągnięcia zysku przez Odwołującego”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) „nakazanie wyrokiem Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego”,
- 2) „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tym postępowaniu według norm prawem przepisanych”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca C. C., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Instalatorstwo Sanitarne i C.O. C. C. (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym bez negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 czerwca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00202369/01.

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu. Cena w ofercie Odwołującego wynosiła 2.769.000 złotych, zaś cena w ofercie Przystępującego wynosiła 5.500.000 złotych. W zakresie kryterium oceny ofert „okres gwarancji i rękojmi” zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zaoferowali udzielenie rękojmi i gwarancji dodatkowo przez 4 kwartały.

W dniu 30 czerwca 2022 roku Zamawiający zażądał od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, pismem o treści „Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych Dz.U. Z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej "pzp", zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu 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. Ponadto zamawiający jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp do zażądania od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub 2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10 (...) Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 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 10.10.2002 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”.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. pismo w dniu 5 lipca 2022 roku, składając pismo o treści „W związku z otrzymanym pismem z dnia 30.06.2022r. znak sprawy: RliR-III. 271.14.2022 dotyczącym wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny AMG PROINVEST Sp. z o.o. ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice wyjaśnia: Wykonawca oświadcza, iż oferta zgłoszona do przetargu nie spełnia kryterium rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż cena oferty AMG PROINVEST Sp. z o.o. nie jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, nie spowoduje braku możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku przez Wykonawcę, a także jest zgodna z doświadczeniami Wykonawcy w wykonywaniu tego rodzaju zamówień. AMG PROINVEST Sp. z o.o. ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice oświadcza, iż zgodnie z wykonanymi wyliczeniami zaoferowana cena, pozwala na utrzymanie rentowności Wykonawcy na tym zadaniu oraz nie wpłynie na jakość wykonania przedmiotu zamówienia, czy wystąpienia opóźnienia w jego wykonaniu. Jednocześnie informuje, że z uwagi na wieloletnią współpracę z producentami i hurtowniami ma wynegocjowane dla siebie wyjątkowo korzystne rabaty na rury do sieci kanalizacji, studnie z tworzywa sztucznego (załącznik nr 1 oferta cenowa na materiał), studnie betonowe (załącznik nr 2 oferta cenowa na materiał), mas bitumicznych (załącznik nr 3 oferta cenowa na materiał), wykonanie nawierzchni bitumicznej drogi (załącznik nr 4 oferta Firmy AGROBUD) co powoduje uzyskanie niskich cen. Dodatkowym atutem jest także posiadanie własnego taboru samochodowego, sprzętu do robót ziemnych i drogowych oraz urządzeń przewiertowych (załącznik nr 5 wykaz sprzętu) co ma bardzo istotny wpływ na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia. Według Wykonawcy powyższe przesłanki uzyskania korzystnych rabatów są głównym elementem cenotwórczym oferty, co jest efektem długoletnich kontaktów biznesowo-handlowych z producentami i hurtowniami. Jednocześnie informuje, że pracownicy zatrudnieni w firmie AMG PROINVEST sp. z o.o. Na podstawie umowy o pracę mają wynagrodzenie stałe miesięczne (załącznik nr 6 wykaz pracowników). Powyższe argumenty pozwalają na niezależność podczas wykonywania robót od innych podwykonawców. Wykonawca równocześnie zwraca uwagę na fakt, iż różnica cenowa pomiędzy ofertą przedstawioną przez AMG PROINVEST SP. Z O.O. a druga w kolejności ofertą przedstawioną przez firmę EKOKANWOD C. I P. z Nowego Korczyńska.,

wynosi 57 540,00 zł brutto co stanowi zaledwie 2% różnicy między ofertami co potwierdza że wykonanie w/w zadania za kwotę oferowana jest możliwe do wykonania. Ta okoliczność potwierdza powyższe twierdzenia Wykonawcy, że przedstawiona oferta na wykonanie w/w zadania nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedstawiam również szacunkowy kosztorys (załącznik nr 7) zawierający pozycje składające się na wartość ofertową. W kosztorysie przyjęto ceny materiałów przedstawione w załącznikach, rynkowe stawki sprzętu, a stawkę roboczogodziny do wyliczeń przyjęto 24zł”.

Jako załączniki do ww. pisma Odwołujący złożył wraz z nim:

- 1) pismo zatytułowane „Oferta handlowa: 1041365” o treści „Data oferty 20220518 Oferta ważna do 20220601 (...)

Lp	Opis			Ilość	Cena pdst	Upust	Cena po upuszcie	Wartość netto		Wal
								VAT	brutto	
	Prod	Nr wg	Nr przedm.	Jmh	Uwagi					
10	K.ZEW RURA KIEL.LI 160X4.7X3M POMARAŃCZ PVC, SN8 KL.S, SZ.S-16,7 LITA(D.3062013443) POMARAŃCZDN160x4,7x3m			110.00	371.47	60.00%	148.59		16.344.90	PLN
								23	20,104.23	
	WAVI	3033805	WAVI-015605	SZT						
20	K.ZEW RURA KIEL.LI 200X5,9X3M POMARAŃCZ PVC.SN8 KL.S, SZ.S-16,7 LITA(D.3064013832) POMARAŃCZDN200x5,9x3m			414.00	567.74	60.00%	227.10		94,019.40	PLN
								23	115,643.86	
	WAVI	3033806	WAVI-000538	SZT						
30	K.ZEW KINETA STUD.315X160 BASIC CZARNY PP; PRZEPL.YW.(D.3064715002) BASICCZARNYDN315x160			41.00	197.22	48.00%	102.55		4,204.55	PLN
								23	5,171.60	
	WAVI	3041996	WAVI-982924	SZT						
40	K.ZEW KINETA STUD.400X160 T-1 BASIC CZARNY PP.TYP I, PRZEPL.USZ.(D.3011424000) BASICCZARNYDN400x160			40.00	231.25	48.00%	120.25		4,810.00	PLN
								23	5,916.30	
	WAVI	3023946	WAVI-689443	SZT						
50	K.ZEW RURA KARBOWANA 315X2000 POMARAŃCZ PVC,B/KIEL.,TRZON STUDZ.KANAL.(D.3064114620) POMARAŃCZDN315x2000			41.00	229.13	46.00%	123.73		5,072.93	PLN
								23	6,239.70	
	WAVI	3070773	WAVI-000736	SZT						
60	K.ZEW RURA KARBOWANA 400X3000 CZARNA PP, TRZON STUDZ.KANAL. SN4(D.3064115073) CZARNADN400x3000			40.00	512.78	46.00%	276.90		11,076.00	PLN
								23	13,623.48	
	WAVI	3044021	WAVI-951108	SZT						
70	K.ZEW USZCZELKA D/RUR KARB.315 CZARNY RURY KARB.I TELESKOP.(D.3190220315) CZARNYDN315			41.00	29.30	46.00%	15.82		648.62	PLN
								23	797.80	
	WAVI	4049033	WAVI-051767	SZT						
80	K.ZEW MANSZETA 400/315 BASIC CZARNY 400/315 (D.3190221222) BASICCZARNYDN400x315			40.00	121.28	46.00%	65.49		2,619.60	PLN
								23	3,222.11	
	WAVI	3022161	WAVI-689448	SZT						
90	K.ZEW WŁAZ D-400/315 TELESKOP. Z RUR.TELESK.B/USZCZ.PELNY.KWADRAT			81.00	428.00	43.00%	243.96		19,760.76	PLN
								23	24,305.73	
	NORS	1-331-040-315-00	MORS-067502	SZT						

Lp	Opis	Ilość	Cena pdst	Upust	Cena po upuście	Wartość netto		Wal
						VAT	brutto	
Suma netto						Suma brutto		Wal.
158,556.76						195,024,81		PLN

”

- 2) pismo zatytułowane „oferta nr 67/05/22” datowane na 19 maja 2022 r. o treści „W odpowiedzi na zapytanie przedstawiam ofertę cenową studni betonowych łączonych na uszczelkę klinową wykonane z betonu samozagęszczalnego SCC z zamontowanymi przejściami szczelnymi wg zapytania oraz z wyprofilowaną kinetą i spocznikiem betonowym. Studnie zakończone są zwężką:

Lp.	średnica	H [m]	wylot/włot	dolot	cena
1	1000	2,50	200/200PCV	0	1 964 zł

Właz kanałowy żeliwny D400 620zł Środek poślizgowy 5kg - 90zł nie jest wliczony w cenę studni. W cenę studni wliczone są uszczelki międzykręgowe oraz stopnie złączowe powlekane. Podane ceny są cenami netto loco budowa do 100km wraz z rozładunkiem. Powyższe ceny odnoszą się do całości oferty. Wszystkie zmiany ilościowe bądź jakościowe w zamówieniu korygowane będą poprzez wystawienie kolejnej oferty cenowej. Forma płatności: przedpłata.”,

- 3) pismo Krakowskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Komunalnych spółka z o. o. w Krakowie datowane na 18 maja 2022 roku o treści „Krakowskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Komunalnych Spółka z o.o. w Krakowie aktualnie oferuje masy bitumiczne zgodne z PN-EN 13108 oraz WT-2 w następujących cenach: Asfaltobeton w-wa wiążąca AC 16W, 11W KR 1 - 2 50/70 po 276 zł/tonę Asfaltobeton w-wa ścieralna AC 11S, 8S KR 1 – 2 50/70 po 312 zł/tonę Asfaltobeton w-wa wiążąca AC 16W, KR 3 – 4 35/50 lub 50/70 po 274 zł/tonę Asfaltobeton w-wa ścieralna AC 11S, KR 3 - 4 gabro 50/70 po 322 zł/tonę Asfaltobeton w-wa ścieralna AC 11S, KR 3 dolomit 50/70 po 314 zł/tonę Asfaltobeton w-wa podbudowa AC 22P KR 3-7 35/50 po 256 zł/tonę Asfaltobeton w-wa wiążąca AC 16W KR 5-6 35/50 po 274 zł/tonę Asfaltobeton w-wa wiążąca WMS 16W/P KR 5-6 PMB po 312 zł/tonę Asfaltobeton w-wa ścieralna AC11S KR 5-6 PMB po 354 zł/tonę SMA 11S PMB KR 5-6 po 400 zł/tonę Ceny wyliczono przy uwzględnieniu obecnej ceny asfaltu. W przypadku znacznej zmiany cen asfaltu lub paliwa, powodujących znaczącą zmianę kosztów wytwarzania, zastrzegamy sobie prawo do podwyższenia jak i obniżenia proponowanych cen. W przypadku dużych zamówień istnieje możliwość negocjacji powyższych cen.”,
- 4) pismo zatytułowane „oferta cenowa” datowane na 24 czerwca 2022 r. o treści „Zakład Usług Rolniczych i Budowlanych „AGROBUD” W. N., składa ofertę cenową na

wykonanie zadania: „Wykonanie nawierzchni bitumicznej z asfaltobetonu – w miejscowości Hebdów, gmina Nowe Brzesko”, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Nr	Opis robót	j.m.	Ilość	Cena jedn.	Wartość
1.	Frezowanie nawierzchni	m2	3550	9,00 zł	31 950,00 zł
2.	Wykonanie nawierzchni bitumicznej z asfaltobetonu - warstwa ścieralna gr. 4 cm	m2	4600	49,00 zł	225 400,00 zł
3.	Wykonanie nawierzchni bitumicznej z asfaltobetonu warstwa wiążąca gr. 5 cm		1050	55,00 zł	57 750,00 zł
Razem netto					315 100,00 zł
Podatek VAT 23%					72 473,00 zł
Razem brutto					387 573,00 zł

Słownie brutto: trzysta osiemdziesiąt siedem tysięcy pięćset siedemdziesiąt trzy 00/100 złotych”,

- 5) pismo zatytułowane „wykaz sprzętu AMG Proinvest sp. z o.o.” o treści „Samochód samowładowczy Man 14 t Samochód samowładowczy Scania 18t Samochód samowładowczy Mercedes Atego 12t Samochód specjalistyczny HDS Man 15t Samochód samowładowczy Daf LF 15t Samochód ciężarowy izoterma Renault Premium 18t Ciągnik samochodowy Scania Naczepa samowładowcza 2szt Naczepa niskopowodwoziowa Samochody dostawcze - brygadówki 4 szt Samochody dostawcze zaopatrzeniowe 3szt Samochód serwisowy Samochód samowładowczy 3,5t 2szt Samochód 4x4 w zestawem do czyszczenia kanalizacji WUKO Samochody osobowe 6szt Koparko ładowarka JCB 3CX 3szt Koparko ładowarka Volvo BI 71 Koparko obrotowa gąsienicowa O&K 22t Koparko obrotowa kołowa Liebherr 16t Koparko obrotowa JCB 8035 3,5t Koparko obrotowa JCB 8060 6t Ładowarka kołowa Case 821B Ładowarka kołowa CAT Spycharka gąsienicowa FiatAllis Młot hydrauliczny wyburzeniowy do koparki Młot pneumatyczny wyburzeniowy Młot elektryczny wyburzeniowy 3szt Wózek widłowy Toyota Wiertnica horyzontalna Vermeer 24x40 SII z system płuczkowym oraz system lokalizacji F2 Wiertnica elektryczna Zgrzewarka doczołowa zestaw 2 szt Zgrzewarka elektrooporowa Zestaw prądowórczy 4 szt Niwelator optyczny 5kpl Elektronarzędzia 10 kpl Pompy szlamowe 2 kpl Pompy do wody brudnej 3 kpl Piła do ciecna nawierzchni (asfalt/beton) 2 szt Zestaw do inspekcji TV kanalizacji Kompresor przewoźny Kaesser Dźwig wieżowy Żuraw 2szt Pakamery przewoźne 6 szt Rusztowania systemowe 4kpl Betoniarki przewoźne 5szt Węzeł betoniarski 1 kpl Szalunki klatkowe systemowe 8 kpl Zagęszczarki gruntu 60-500kg 5szt Stopy wibracyjne 60-80kg 3szt Płyta do badań zagęszczenia gruntu VSS Bariery/zapory drogowe 10 kpl”,
- 6) pismo zatytułowane „wykaz osób zatrudnionych w AMG Proinvest sp. z o.o.”, zawierające informacje dotyczące 15 osób: imię i nazwisko, zawód i „zatrudnienie”,

7) pismo zatytułowane „kosztorys ofertowy” o treści „

LP	Pozycja	Obmiar	jednostka	cena jednostkowa zł	wartość netto zł
1	Wykonanie dokumentacji projektowej	1	kpl	300000	300000
2	Organizacja ruchu wraz z oznakowaniem	1	kpl	7000	7000
3	Roboty ziemne i montażowe kolektor główny ø200mm	1400	m	700	980000
4	Montaż studni betonowych DN 1000	8	szt	3600	28800
5	Montaż studni PVC DN 400	40	szt	2000	80000
6	Podsypka/obsypka kanału fi 200 oraz studni	400	m3	75	30000
7	Wykonanie przyłączy PVC ø 160mm	288	m	343	98784
8	Montaż studni ø 315mm	36	szt	1650	59400
9	Podsypka/obsypka kanału fi 160mm oraz studni	80	m3	75	6000
10	Frezowanie nawierzchni	3550	m2	9	31950
11	Roboty odtworzeniowe chodników	72	m2	200	14400
12	Roboty odtworzeniowe nawierzchni drogi w-wa ścieralna (całość)	4600	m2	49	225400
13	Wykonanie podbudowy drogi z kostki granitowej	1050	m3	60	63000
14	Wykonanie warstwy wiążącej (droga z kostki granitowej)	1050	m2	55	57750
15	Odtworzenie konstrukcji drogi-tłuczeń	142	m3	100	14200
16	Odtworzenie konstrukcji drogi-warstwa wiążąca	28,4	m3	764	21697,6
17	Roboty odtworzeniowe - krawężnik (przyłącza)	36	m	100	3600
18	Roboty porządkowe	1	kpl	4400	4400
19	Nadzory branżowe	1	kpl	5500	5500
20	Odwodnienie wykopów	1	kpl	7296	7296
21	Utylizacja odpadów	1	kpl	7385,6	7385,6
	Suma				2046563,2
	Zysk 10%				204656,32
	Razem netto				2251219,52
	Razem brutto				2769000

”

Zamawiający w dniu 2 września 2022 r. przesłał ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, że „wybrana została oferta Nr 1 Firmy: Instalatorstwo Sanitarne i C.O. C. C., Biórków Mały 79, 32-104 Koniusza za cenę 5.500.000,00 zł”, zaś w części zatytułowanej „UZASADNIENIE OFERT ODRZUCONYCH” jako przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego wskazano „art. 226 ust. 1 pkt. 8 Dnia 30 czerwca 2022 r. Burmistrz Gminy i Miasta Nowe Brzesko zwrócił się o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, lecz dowody nie były wystarczające, wobec czego Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie uwiarygodniły możliwości realizacji zamówienia w wartościach wynikających z oferty.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 20 września 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp, „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W przypadku, gdy odwołanie jest wnoszone na czynność odrzucenia oferty, mając na uwadze treść art. 253 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”, należy przyjąć, że zamawiający nie może zmienić (w tym rozszerzyć) uzasadnienia faktycznego ani prawnego czynności odrzucenia oferty wykonawcy po wniesieniu przez tegoż odwołania na tą czynność. W przeciwnym razie, gdyby było dopuszczalne dokonywanie zmiany (w szczególności rozszerzania) uzasadnienia faktycznego lub prawnego tej czynności, Izba, będąc związana zarzutami zawartymi w odwołaniu, nie mogłaby odnieść się do nowych okoliczności stanowiących uzasadnienie faktyczne lub prawne, przedstawionych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, co czyniłoby odwołanie nieskutecznym środkiem odwoławczym (vide np. uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2021 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1672/21 oraz z dnia 21 maja 2014 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 908/14). Wobec powyższego w takim przypadku granice orzekania przez Izbę z jednej strony wyznaczają więc zarzuty zawarte w odwołaniu, z drugiej zaś strony – treść uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, które zamawiający zobowiązany jest podać informując o tej czynności.

Przy rozstrzygnięciu sprawy nie mogły zatem zostać wzięte pod uwagę przedstawione w odpowiedzi na odwołanie okoliczności dotyczące treści opinii inż. A. W.,

wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez innego wykonawcę, który złożył ofertę w Postępowaniu (Ekokanwod C. i P. spółka jawna), ani okoliczności dotyczące aktualności dokumentów załączonych do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jak również okoliczności powołane przez Przystępującego w piśmie datowanym na 9 września 2022 roku, które nie zostały powołane w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawartym w przekazanym 2 września 2022 roku ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu należy zatem dokonać w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności, podanego w przekazanym 2 września 2022 roku ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W świetle treści tego ogłoszenia Izba uznała, że uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego było przyjęcie, że złożone przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami dowody nie były wystarczające, zaś same wyjaśnienia „nie uwiarygodniły możliwości realizacji zamówienia w wartościach wynikających z oferty”, zaś uzasadnieniem prawnym było spełnienie hipotezy normy wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp (a przepis ten stanowił wyłączną podstawę prawną tej czynności). Stanowi on, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Bezspornym było, że w odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, Odwołujący złożył wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny oferty. Nie ulega również wątpliwości, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołujący nie wskazał, dlaczego rzeczzone dowody nie były wystarczające (w szczególności w jakim zakresie dowody te nie uzasadniają ceny podanej w ofercie Odwołującego), ani nie przedstawił powodów, dla których przyjął, że przedmiotowe wyjaśnienia „nie uwiarygodniły możliwości realizacji zamówienia w wartościach wynikających z oferty”.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 stycznia 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 3801/21, „zamawiający poza podaniem podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego, powinien w sposób maksymalnie precyzyjny uzasadnić faktyczne podstawy takiej czynności. Zamawiający ma obowiązek szczegółowego wskazania jakie okoliczności stanowiły podstawę do przyjęcia, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”. Podzielając w pełni to stanowisko stwierdzić należy, że zamawiający, któremu wykonawca składa wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny powinien nie tylko dokonać oceny złożonych wyjaśnień i dowodów, ale także – jeżeli po dokonaniu tej oceny odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp na

skutek uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę – w uzasadnieniu faktycznym tej czynności wskazać, dlaczego w jego ocenie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Konieczne jest wskazanie, że Izba – jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 543/22 – „nie ma uprawnienia, by zastępować którąkolwiek ze stron i samodzielnie dokonać poszerzonej, merytorycznej weryfikacji i badania oferty”, w postępowaniu odwoławczym nie dokonuje oceny i badania ofert w zastępstwie zamawiającego, lecz bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w przetargu zgodnie z decyzją, którą przekazano wykonawcy (tamże). W sytuacji, gdy uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ograniczył do stwierdzeń, że złożone przez Odwołującego dowody „nie były wystarczające” oraz że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia „nie uwiarygodniły możliwości realizacji zamówienia w wartościach wynikających z oferty”, Izba – nie będąc uprawniona do przeprowadzenia merytorycznej oceny tych wyjaśnień i dowodów - nie może stwierdzić, czy te wyjaśnienia i dowody uzasadniają cenę podaną w ofercie Odwołującego. Zdaniem Izby nie może to jednak prowadzić do uznania, że stwierdzenia te mają uzasadnione podstawy, a w konsekwencji, że Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że wykonawca formułuje zarzuty i ich uzasadnienie we wnoszonym odwołaniu na podstawie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty. Ograniczenie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty do ogólnych stwierdzeń, powodujące, że wykonawca we wniesionym odwołaniu na tą czynność nie ma możliwości zawarcia innych zarzutów w zakresie oceny, czy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, niż odniesienie się do tych stwierdzeń, ogranicza zatem zakres zarzutów, które wykonawca może podnieść w celu zakwestionowanie prawidłowości czynności odrzucenia jego oferty. W efekcie prawo do skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez zamawiającego doznałoby uszczerbku, co nie zasługuje na aprobatę.

Wobec powyższego nie było możliwe przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Zważywszy, że cena oferty Odwołującego jest niższa niż cena oferty Przystępującego, a w zakresie kryterium oceny ofert „okres gwarancji i rękojmi” oferty Odwołującego i Przystępującego nie różnią się, naruszenie przez Zamawiającego ww.

przepisu Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez adwokata. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia adwokata wyniosły 4.428 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego

wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie adwokata reprezentującego Odwołującego w kwocie 3.600 złotych. Ponadto do kosztów tych zaliczono kwotę 17 złotych, która jak wynika z wydruku potwierdzenia przelewu załączonego do odwołania, została uiszczona przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa złożonego przez tego adwokata, wobec czego należy uznać, że stanowi ona inny uzasadniony wydatek Odwołującego w rozumieniu § 5 pkt 2 pkt d) ww. rozporządzenia.

W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty obejmujące ww. wynagrodzenie i wydatek.

Przewodniczący: