

Sygn. akt: KIO 1699/22

WYROK
z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Park-M Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Szerzyny

przy udziale wykonawcy Pesam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Dębicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

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, 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 Szerzyny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa kompleksu rekreacyjnego w Szerzynie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 maja 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00162265/01.

I. W dniu 27 czerwca 2022 r. wykonawca Park-M Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: 1) prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad ustawy, tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu, 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pesam sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Dębicy (dalej jako „wykonawca Pesam” lub „przystępujący”); zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pesam z uwagi na złożenie oferty z „rażąco niską ceną”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pesam, w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu;
 - 2) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawcy Pesam, w sytuacji, gdy z uwagi na ich treść, lakoniczność i ogólnikowość zamawiający winien ocenić je jako niezłożone i w konsekwencji ofertę odrzucić, podczas gdy zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i obalające domniemanie rażąco niskiej ceny oferty, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Pesam jako najkorzystniejszej;
ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2:
 - 3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez uznanie przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, a złożonych przez wykonawcę Pesam za miarodajne i kompletne w sytuacji, gdy nie uzasadniały one w ogóle wysokości ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy opierając się tylko na ofertach podwykonawców i ogólnych twierdzeniach wykonawcy;
- oraz

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pesam w sytuacji, gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniały ceny podanej w ofercie, a opierały się tylko na ofertach podwykonawców, a tym samym oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną i w konsekwencji odrzucona.

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pesam;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Pesam;
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert.

II. Pismem wniesionym w dniu 8 lipca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pesam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Dębicy. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 14 lipca 2022 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. zamawiający wezwał wykonawcę Pesam, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Pesam udzielił pismem z dnia 13 czerwca 2022 r.

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. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z

odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Natomiast zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Należy zgodzić się z odwołującym, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oferty lub ich istotnych części składowych wykonawca obowiązany jest udzielić konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami. Należy jednak zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują konkretnego sposobu przedstawienia takich wyjaśnień, jak również nie określają konkretnych rodzajów dowodów, którymi winny zostać poparte wyjaśnienia. Jako jeden z takich dowodów dopuszcza się również kalkulację ceny sporządzoną przez wykonawcę. Ponadto oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę należy dokonywać przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności sprawy, w tym treści wezwania zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp i w związku z tym odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Wezwanie wystosowane przez zamawiającego do wykonawcy Pesam miało ogólny charakter. Zamawiający jedynie przykładowo wskazał, czego mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Pesam przedstawił wyjaśnienia, do których zostały załączone dowody w postaci ofert podwykonawców oraz kalkulacja ceny. Istotnie, treść samych wyjaśnień miała bardzo ogólny charakter. Jednakże do wyjaśnień tych, oprócz kalkulacji ceny, zostały złożone dowody w postaci ofert podwykonawców (8), z czego jedna dotyczyła kompleksowej realizacji zamówienia, dwie dotyczyły całościowego wykonania robót budowlanych, dwie dotyczyły wykonania instalacji sanitarnych, dwie dotyczyły wykonania instalacji elektrycznych oraz jedna dotyczyła wykonania dokumentacji. Na każdy zakres przedmiotu zamówienia wykonawca Pesam przedstawił kilka ofert podwykonawców – w przeważającym zakresie po trzy takie oferty. Jest to zatem odmienna sytuacja od takiej, w której poszczególne elementy składowe ceny zostałyby wykazane tylko jedną ofertą podwykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby złożenie przez wykonawcę po kilka ofert podwykonawców na poszczególne zakresy przedmiotu zamówienia potwierdza realność cen przyjętych w kalkulacji. Należy również wskazać, że realizacja zamówienia została przewidziana w formule zaprojektuj i buduj, a zatem dokładna wartość robót nie jest na obecnym etapie znana. Mając jednocześnie na uwadze, że cena oferty wykonawcy Pesam była bardzo zbliżona zarówno do ceny drugiej oferty, która została złożona w postępowaniu (jedynie odbiegała znacząco od oferty odwołującego), jak i ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, ciężko w tych okolicznościach przyjąć, że cena oferty wykonawcy Pesam została skalkulowana na rażąco niskim poziomie.

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 zdanie pierwsze 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: