

WYROK

z dnia 27 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2021 r. przez wykonawcę **Energokon – Plus Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Energokon – Plus Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energokon – Plus Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec** 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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Likwidację wybranych obiektów budowlanych na powierzchni dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I – Śląsk” Ruch „Śląsk”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2021 r., nr 2021/BZP 00063507/01.

Pismem z dnia 24 września 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Energokon – Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, tj. z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 29 września 2021 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. wadliwym dokonaniu oceny wyjaśnień dotyczących oceny ofert złożonych przez Odwołującego i w piśmie z dnia 5 lipca 2021 r. oraz ewentualnie zaniechaniu zwrócenia się do Odwołującego z dodatkowym wezwaniem do złożenia uzupełniających wyjaśnień dotyczących ceny oferty,
2. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez błędne ustalenie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w warunkach naruszenia obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia oraz dowody złożone na wezwanie Zamawiającego potwierdzały, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ewentualne nowe wątpliwości Zamawiającego mogły zostać wyjaśnione w drodze uzupełniającego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dopuszczenia Odwołującego do dalszych etapów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że zaoferował jedną z wyższych cen w postępowaniu (3 665 400,00 zł brutto), przewyższającą kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (2 479 317,00 zł brutto) o kwotę 1 186 083 zł brutto (cena oferty stanowi 147% budżetu Zamawiającego). Kalkulacja ceny oferty Odwołującego uwzględnia wszelkie wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, dodając, że w treści SWZ słowo „ryczałt” zostało użyte trzykrotnie (pkt 19.4 SWZ – „Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby nie można było w czasie zawarcia umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”; § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy – „Wynagrodzenie ryczałtowe, pokrywa wszelkie należności Wykonawcy za wszystkie czynności niezbędne dla właściwego wykonania Umowy, w tym za realizację warunków i wytycznych Zamawiającego, odnoszących się do przedmiotu zamówienia oraz obejmuje ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy”).

Odwołujący dodał, że argumentacja Zamawiającego, który kwestionuje przedstawienie wyceny ceny oferty dla poszczególnych zadań w formie ryczałtowej jest całkowicie gołosłowna i sprzeczna z treścią SWZ. W istocie nie wiadomo jakie konkretnie elementy wyjaśnień zostały zakwestionowane przez Zamawiającego.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty odniósł się do wszystkich trzynastu szczegółowych pytań zawartych w wezwaniu z dnia 29 czerwca 2021 r. oraz pozostałych elementów tego wezwania. Zamawiający nie zawarł w wezwaniu instrukcji, która zabraniałaby przedstawienia kosztów robocizny w rozbiciu na poszczególne zakresy robót, takie jak np. poz. 2 - „Praca koparki”, poz. 3 „Cięcie stali przy pomocy palników oraz załadunek i odwóz w miejsce wskazane przez Inwestora”, poz. 6 „ Wywóz i utylizację gruzu”. Ani w wezwaniu, ani w treści SWZ nie zakazano aby ww. pozycje zawierały także wynagrodzenie operatorów koparki, wynagrodzenie przepalaczy i wynagrodzenie kierowców. Z treści wezwania nie wynikało także wymaganie wskazania ilości zatrudnionych poszczególnych osób, przy wykonywaniu tego zadania oraz w jakim to będzie czasie zrealizowane. Zamawiający nie wymagał także aby podano w jakim czasie będzie trwało przepalanie stali, w jaki sposób będzie wykonywany załadunek tej pociętej stali na środek transportowy, jaki to będzie środek transportowy, na jaką odległość będzie wykonywany transport, w jaki sposób nastąpi rozładunek tej pociętej stali, oraz jaki jest koszt cięcia stali przy pomocy palników.

Zamawiający stwierdził brak w złożonych wyjaśnieniach drobnych elementów wpływających na wysokość ceny, których wyjaśnienia nie wymagał w wezwaniu z dnia

29 czerwca 2021 r. 13. Tymczasem drobne koszty zakwestionowane przez Zamawiającego jako „istotne braki w przedłożonej ofercie” (np. demontaż i utylizacja pokrycia zawierającego azbest w kwocie 2000 zł. netto w ilości 50 m² x 40 zł) nie wpływają w poważny sposób na cenę oferty Odwołującego.

Reasumując podniósł, że ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień została dokonana przez Zamawiającego w sposób wadliwy. Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, ograniczył swoje spostrzeżenia do fragmentarycznej i wrywkowej analizy otrzymanych wyjaśnień.

W dniu 21 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2021 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) skierował do Odwołującego „Wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny”, w którym zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny odrębnie dla każdego zadania (35 zadań). Zamawiający poprosił m.in. o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość złożonej oferty, w kwestiach wskazanych w 13 pytaniach.

Odwołujący pismem z dnia 5 lipca 2021 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył wyjaśnienia, w tym m.in. przedstawił kalkulację tabelaryczną z podziałem na poszczególne obiekty, pokazującą koszty wykonania zlecenia.

Pismem z dnia 24 września 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, tj. z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba nie oceniała zasadności czy też prawidłowości wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że Odwołujący zwracał uwagę na różnicę między szacunkową wartością zamówienia (8 089 863,63) a kwotą jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (2 479 317,00) co miało – w ocenie Odwołującego - wskazywać na to, że mimo skierowanego do Odwołującego wezwania zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Istotnie różnica między tymi kwotami jest znaczna. Ustalenia wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający – jak wskazał na rozprawie - dokonał zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. w oparciu o katalogi KNR. Natomiast kwota jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia jest kwotą pochodzącą z dotacji Skarbu Państwa. Kwota ta – jak wyjaśnił - może być podniesiona o kwotę uzyskaną ze sprzedaży, np. złomu. Jednakże nawet wtedy nie będzie ona wynosiła tyle co wartość szacunkowa zamówienia.

Zamawiający, mając świadomość tych różnic, jak również biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia oraz ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, zastosował obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy Pzp i skierował do wykonawców, w tym także do Odwołującego, wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zaoferowana przez wykonawców cena – cena ofertowa (cena ryczałtowa) powinna być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia - w tym opierać się na przedmiarze robót oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru, koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ i dokumentacją projektową (załącznik nr 6 do SWZ), jak również koszty w nich ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia a także wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, jak i ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można będzie przewidzieć w czasie zawarcia umowy. Przyjęcie ceny ryczałtowej nie oznacza jednak – wbrew twierdzeniom Odwołującego - braku możliwości analizy i badania ceny oferty danego wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Profesjonalny wykonawca już na etapie przygotowania i składania oferty powinien dysponować pełnymi kalkulacjami ceny oferty. Wycena poszczególnych pozycji może mieć bowiem wpływ na cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożył kalkulację tabelaryczną przygotowaną w oparciu o sporządzone przez Zamawiającego przedmiary robót dla każdego

z zadań, jak również dowody wskazujące na realność niektórych z kwot wymienionych w tabelach odnoszących się do poszczególnych zadań.

W odniesieniu do zarzutów Zamawiającego pod adresem wyjaśnień dokonanych przez Odwołującego należy zwrócić uwagę na kwestie dotyczące nieprzedłożenia dowodów dotyczących wysokości cen za realizację określonych kategorii usług oraz braku szczegółowych kalkulacji i niedostatecznych kalkulacji odnoszących się do określonych pozycji przedmiarowych.

Odnosnie braków w złożeniu dowodów dotyczących określonych kategorii usług, tj. dokumentów potwierdzających przyjęte ceny jednostkowe dla obsługi geodezyjnej i wykonania mapy powykonawczej Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego. Wykonawca był zobowiązany nie tylko do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, ale i załączenia do wyjaśnień dowodów na ich poparcie. Dokonując analizy złożonych kalkulacji tabelarycznych zauważyć bowiem należy, że Odwołujący przedłożył szereg dowodów na poparcie kosztów wskazanych w większości pozycji z tabeli, np. oferta z ceną za pracę koparki, oferta za wywóz i utylizację odpadów ogólnobudowlanych, pozostałych odpadów, w tym śmieci, wywóz i utylizację papy, wywóz i utylizację gruzu; zakup i przywóz przekruszonego gruzu itp. Takiego dowodu nie złożył jednak w odniesieniu do prac związanych z obsługą geodezyjną i wykonaniem map powykonawczych, które to prace stanowiły odrębne pozycje przedmiaru i jako takie wymagały także przedstawienia dowodów uzasadniających wskazane w nich ceny. Odwołujący był w posiadaniu takich dokumentów, mimo to ich nie złożył na etapie składania wyjaśnień. Dowody (dwie faktury z maja i kwietnia 2021 r.: jedna za wykonanie prac geodezyjnych – aktualizacja mapy zasadniczej i druga za pomiar powykonawczy rozbiórki) na tę okoliczność złożył dopiero na etapie rozprawy. Tym samym są one spóźnione.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do pozycji dotyczącej demontażu i utylizacji pokrycia zawierającego azbest (zadanie nr 22, poz. 5), dla realizacji którego Odwołujący podał kwotę netto w wysokości 2000,00 zł, nie przedkładając jednocześnie dowodu na prawidłowość przygotowanej kalkulacji. Dowód złożony na rozprawie jest także spóźniony (oferta demontażu i utylizacji pokryć wykonanych z płyt eternitowych zawierających azbest).

Odwołujący powinien był bowiem już na wcześniejszym etapie postępowania (składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) przedstawić dostępne mu dowody potwierdzające realność przyjętych kalkulacji. Wezwanie Zamawiającego w tym zakresie było jednoznaczne. Brak ten w odniesieniu do wyżej wskazanych pozycji należy ocenić więc negatywnie. Powtórne wezwanie w tym zakresie nie jest więc możliwe.

Ustalając cenę oferty wykonawca (Odwołujący) zobowiązany był oprzeć się na przedmiarach robót oraz dokumentacji projektowej i te pozycje powinny być ujęte w

sporządzonych kalkulacjach. W takim przypadku brak kalkulacji kosztów pracy i mobilizacji dźwigu w odniesieniu do pozycji dotyczącej „wież reflektorowych”, jak również pozycji dotyczącej wywozu i utylizacji odpadów elektronicznych stanowi brak tych kosztów w cenie oferty a tym samym brak kompletnego wykonania robót.

Natomiast kwestie dotyczące braku w kalkulacji oczekiwanych przez Zamawiającego pozycji związanych z pracą i wynagrodzeniem określonych kategorii osób nie znajduje żadnego uzasadnienia. Sam Zamawiający – jak podkreślił na rozprawie – miał problem z określeniem stopnia szczegółowości wezwania a skoro tak nie może wymagać od wykonawców tak daleko idącej szczegółowości w odniesieniu do elementów, których nigdzie jednoznacznie nie wyartykułował. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego. Ani wezwanie, ani też SWZ nie wskazywało bowiem sposobu kalkulowania kosztów robocizny w rozbiciu na poszczególne zakresy robót. Nie określa tego także punkt 2 wezwania, na który wskazywał w trakcie rozprawy Zamawiający, tj. pytanie „jakie elementy w zakresie dostaw, usług lub robot budowlanych oferowanych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia Wykonawca uwzględnił w kalkulacji”. Tym samym nie można oczekiwać od wykonawcy, który nie otrzymał jasnych i precyzyjnych wytycznych w tym zakresie aby te nigdzie nie określone oczekiwania Zamawiającego spełnił.

Reasumując stwierdzić należy, że brak przedłożenia na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny wskazanych wyżej dowodów dotyczących kalkulacji poszczególnych pozycji zestawienia (kalkulacji tabelarycznej), jak również brak ujęcia w kalkulacji określonych pozycji przewidzianych w przedmiarze robót stanowi o prawidłowości działań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia 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: