

Sygn. akt: KIO 2991/20

## WYROK

z dnia 07 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Wykonawca D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. (Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie (ul. Bielska 4, 43-400 Cieszyn)**

przy udziale Wykonawcy **JM KONTRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k., (ul. Cieszyńska 27A, 43-241 Łąka)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Wykonawca D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. (Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Wykonawca D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. (Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku - Białej**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych pn. „Rozbudowa i przebudowa Pawilonu nr IV na potrzeby Centrum Zdrowia Psychicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 września 2020 r w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 587057-N-2020.

Odwołujący: Konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. oraz Budopol sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę JM Kontrakt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., art. 90 ust. 2 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 4) poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie obaliła domniemania rażąco niskiej ceny, a tym samym zawierającą rażąco niską cenę, gdyż złożone wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 są niewystarczające dla stwierdzenia prawidłowej kalkulacji ceny Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty jako oferty Wykonawcy, którego złożone wyjaśnienia nie dowodzą, że oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy i nie jest ceną rażąco niską, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W trakcie badania ofert Zamawiający stwierdził, że zaoferowana przez Wykonawcę JM Kontrakt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (kosztorysu), powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym złożenia dowodów, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r., poz. 2177, z późn. zm.), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jak wskazał Odwołujący, skoro w ocenie Zamawiającego wystąpiła wątpliwość w zakresie wyliczenia przez Wykonawcę ceny oferty w stosunku do szacunków Zamawiającego, to wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że cenę ofertową skalkulował prawidłowo, w sposób gwarantujący należyte wykonanie zamówienia a tym samym obalić domniemanie, że cena oferty jest ceną rażąco niską. W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie sprostął temu zadaniu, a złożone wyjaśnienia nie są żadnym dowodem na prawidłową kalkulację ceny ofertowej.

Wykonawca JM Kontrakt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, że cena zaoferowana przez niego w ofercie jest ceną w pełni kompletną, realną i uwzględniającą realizację zysku. Na poparcie powyższego twierdzenia, Wykonawca wskazał jedynie, że specjalizuje się w realizacji inwestycji takich jak objęta przedmiotowym zamówieniem, przez co uzyskał od hurtowni ponadprzeciętne rabaty i upusty. Wykonawca oświadczył, że posiada nowoczesny sprzęt, posiada wykwalifikowanych pracowników, a brak rozbudowanego działu administracyjnego sprzyja redukcji kosztów związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za zasadne i w dniu 10 listopada 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał oceny złożonych wyjaśnień. W jego ocenie nie można uznać, że są to w ogóle wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby stwierdzić prawidłowość dokonanej kalkulacji ceny oferty. Oferta Wykonawcy jest ofertą z rażąco niską ceną, a pismo z dnia 23.10.2020 r. daje podstawę do odrzucenia oferty przy zastosowaniu art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami jest obowiązek Wykonawcy wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena oferty ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy). Z kolei skutkiem uznania ceny rażąco niskiej jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa Zamówień Publicznych (cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazał, że Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek kalkulacji, jakiegokolwiek wskazania, jak okoliczności wskazane w piśmie wpływają na kształtowanie ceny i czy w ogóle mają jakikolwiek wpływ.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie dowiódł, że przyjęto jakąkolwiek optymalizację, że uzyskano i na czym jakiegokolwiek oszczędności, a przedmiotowe wyjaśnienia nie zawierają żadnych kalkulacji ceny. Nie obrazują wpływu opisanych okoliczności na wartości liczbowe, a to mają na celu właśnie składane wyjaśnienia.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia należy badać w aspekcie merytorycznym, a więc wymagającym zdobycia takiej wiedzy, jaka pozwoli Zamawiającemu dojść do przeświadczenia, że cena oferty jest skalkulowana prawidłowo. Na jakiej podstawie po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 23.10.2020 r. do takich wniosków doszedł Zamawiający tego Odwołujący nie był w stanie stwierdzić. W piśmie nie ma ani jednego argumentu korespondującego ze sposobem kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący wskazał także, że z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień, na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, nie może być lakoniczna i powierzchowna. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ustawy Prawo Zamówień Publicznych posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta.

#### **Izba zważyła i ustaliła co następuje:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W oparciu o przedstawioną przez Zamawiającego dokumentację postępowania, Izba ustaliła następujące okoliczności:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 7 479 764,57 zł netto tj. 9 200 110,42 zł brutto.

W postępowaniu złożono 8 ofert. Wartość oferty z ceną najniższą to 6 380 000 zł (oferta Przystępującego), wartość oferty z ceną najwyższą to 7 318 500 zł. Zatem rozpiętość cen ofert złożonych w postępowaniu to około 1 mln zł. Cena oferty Przystępującego odbiegała od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu o około 4,86%.

Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 5 200 000 zł.

Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na okoliczność, że zaoferowana cena była niższa od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia o ponad 30%.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania zastosowanie miał artykuł 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Skoro kwota szacowana przez Zamawiającego wynosiła 9 200 110,42 zł brutto, a kwota ceny oferty najdroższej to 7 318 500 zł, to oznacza, że Zamawiający przeszacował wartość zamówienia o około 2 miliony złotych. Okoliczność znacznego przeszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, wpływ 8 ofert ze znacznie niższymi cenami, utrzymującymi się na jednakowym poziomie (tj. niewielka rozpiętość cen), powinna stanowić dla Zamawiającego wątpliwość co do zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Skoro bowiem szacowana przez Zamawiającego cena realizacji zamówienia została zawyżona, to oznacza, że nawet w sytuacji, gdy cena oferty Wykonawcy jest o ponad 30% niższa od ceny szacunkowej Zamawiającego, to nie jest zasadne automatyczne zastosowanie domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do ceny oferty tego Wykonawcy. Jeśli bowiem szacowana przez Zamawiającego cena jest zawyżona, to różnica 30% pomiędzy ceną szacowaną przez Zamawiającego a ceną oferty Wykonawcy nie jest właściwą podstawą do wszczęcia procedury mającej na celu ustalenie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Szacunkowa wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu, znacznie przewyższająca wartość każdej z ośmiu złożonych ofert o niewielkiej rozpiętości cen (jednakże znacznie odbiegających od szacunkowej wartości zamówienia) stanowi to

okoliczność, która powoduje, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie było konieczne, stosownie do wskazania art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazano powyżej, rozbieżności cen ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego, są nieznaczne. Poziom cen zaoferowanych w postępowaniu wskazuje na wartość rynkową zamówienia. Skoro oferta Odwołującego nie odbiegała znacznie od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu (jedynie o 4,86%), to znaczy, że jest to oferta zawierająca cenę rynkową. Powyższa okoliczność również stanowi odstępstwo od konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Potwierdza bowiem, że cena oferty Wykonawcy wpisuje się w rynkową wartość przedmiotu zamówienia, a zatem domniemanie rażąco niskiej ceny jest zbyt daleko idące, co w konsekwencji oznacza, że brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Trafnie zauważył Przystępujący, że przeszacowaną wartość zamówienia potwierdzają także czynności Zamawiającego w postępowaniu, który konsekwentnie przeznaczają na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę zaledwie 5 200 000 zł. Trudno domniemywać, że Zamawiający dopuszczałby realizację zamówienia za kwotę rażąco niską.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień miało charakter ogólny. Zawierało przepisane treści przepisu ustawy. Zamawiający nie skonkretyzował, jakich wyjaśnień oczekuje. Tym samym Wykonawca miał prawo do przedstawienia takich okoliczności, które w jego ocenie stanowiły podstawę do zaoferowania ceny wskazanej w ofercie.

Należy wskazać, że również treść odwołania ma charakter ogólny. Poza wskazaniem na brak kalkulacji w treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, zawiera jedynie teoretyczne rozważania. W żadnym razie odwołanie nie zawiera przekonującej argumentacji, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niską.

Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie zawierało zobowiązania Wykonawcy do przedstawienia kalkulacji ceny. Tym samym Wykonawca miał prawo nie czuć się zobowiązanym do przedstawienia kalkulacji. Cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową. Natomiast przedmiot zamówienia został opisany przy pomocy dokumentacji projektowej, również w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary robót. Zamawiający nie żądał od wykonawców przedstawienia wypełnionych przedmiarów do oceny zaoferowanej ceny. W sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane, opisane przy pomocy dokumentacji projektowej i przedmiarów robót, w ramach kalkulacji Wykonawca mógłby przedstawić Zamawiającemu kosztorysy, stanowiące

wypełnione przedmiary robót. Jednakże Zamawiający nie żądał ich przedstawienia ani w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, ani też w SIWZ, gdzie cena została określona jako ryczałtowa. Tym samym nie jest okolicznością nadzwyczajną, że Wykonawca takiej kalkulacji nie złożył.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, zgodnie z którym w treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień: „nie ma bowiem ani jednego argumentu korespondującego ze sposobem kalkulacji ceny oferty” należy wskazać, że w treści wyjaśnień Wykonawca wskazał na przyjętą cenę roboczogodziny, która przekracza wartości minimalne wynikające z rozporządzenia. Zatem pojawił się element kalkulacji potwierdzający prawidłowy sposób kalkulacji ceny.

Ponadto Odwołujący w treści odwołania przytoczył cytaty z Komentarza do art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych autorstwa W. Dzierżanowskiego, zgodnie z którym: „Wykonawca składając wyjaśnienia, odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione.” Należy wskazać, że Przystępujący był zobowiązany, w sposób ogólny (o czym mowa powyżej) do przedstawienia okoliczności, które uznał, że stanowiły podstawę do skalkulowania ceny, jaka została wskazana w jego ofercie. Przystępujący nie redukował, nie obniżał ceny. Nie kalkulował ceny oferty, wbrew założeniom przedstawionym w powołanym przez Odwołującego komentarzu do ustawy, poprzez obniżanie wartości swojej oferty względem ceny oszacowanej przez Zamawiającego. Każdy z Wykonawców kalkuluje cenę samodzielnie, nie znając ceny szacowanej przez Zamawiającego. Tym samym Przystępujący nie mógł, wbrew teoretycznym założeniom powołanego przez Odwołującego komentarza do ustawy, przedstawić konkretnych obliczeń czy założeń redukcji ceny, bo takich pewnie nie czynił. Przedstawił natomiast takie okoliczności, które są dla niego właściwe i w jego ocenie wpływają na możliwości skalkulowania ceny na poziomie zaoferowanym.

W świetle powyższych okoliczności zarzuty odwołania należało uznać za bezzasadne.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie pozostaje dowód złożony przez Odwołującego w postaci protokołu postępowania o udzielenie tego samego zamówienia publicznego prowadzonego uprzednio przez tego samego Zamawiającego. Okoliczność, że Zamawiający w obecnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwiększył szacunkową wartość zamówienia nie oznacza, że wartość tego zamówienia nie jest przeszacowana. Jak wskazano powyżej, cenę rynkową w postępowaniu wskazuje poziom cenowy ofert w nim złożonych. W postępowaniu złożono aż 8 ofert, które są na podobnym poziomie cenowym i pośród których oferta z ceną najwyższą jest o prawie 2 mln



złoty niższa od ceny szacunkowej wartości zamówienia.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu przedstawionego przez Przystępującego w postaci kalkulacji ceny oferty, w tym cen poszczególnych elementów zamówienia wraz z ofertami rynkowymi, które potwierdzać miały możliwość zrealizowania poszczególnych etapów za wymienione w kalkulacji ceny. Jest to dowód, jaki mógłby złożyć Przystępujący wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi zaoferowanej ceny. Przedstawiana obecnie przez Przystępującego kalkulacja nie mogła stanowić podstawy badania Zamawiającego, a zatem nie stanowi przedmiotu badania Izby w kontekście prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....