

WYROK
z dnia 23 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **SANTEX sp. z o.o., ul. Wspólna 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Trzyciąż, ul. Leśna 4, 32-353 Trzyciąż,**

przy udziale wykonawcy: **H.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacyjno-Budowlana H.K., ul. Widokowa 88, 32-095 Sieciechowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy H.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacyjno-Budowlana H.K. na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Trzyciąż, ul. Leśna 4, 32-353

Trzyciąż, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: SANTEX sp. z o.o., ul. Wspólna 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Trzyciąż, ul. Leśna 4, 32-353 Trzyciąż, na rzecz odwołującego: SANTEX sp. z o.o., ul. Wspólna 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Trzyciąż, ul. Leśna 4, 32-353 Trzyciąż, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Trzyciąż”, numer referencyjny: IIR 271.17.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.11.2022 r., nr 2022/BZP 00448899.

W dniu 09.01.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę SANTEX sp. z o.o., ul. Wspólna 13B 39-120, Sędziszów Małopolski (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Instalacyjno-Budowlana K.H. jako złożonej przez wykonawcę, który:
 - a) złożył ofertę o 42,79% niższą od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz o 46,26% niższą w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia w przedmiotowym postępowaniu,
 - b) nie wykazał, pomimo spoczywającym na nim ciężaru dowodu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, jako że złożone przez niego wyjaśnienia były lakoniczne, nie poparte dowodami oraz nie odnosiły się do wszystkich elementów wskazanych w wezwaniu,
- 2) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) lub uznania go za przedwczesny - art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień odnośnie części składowych zaoferowanej ceny szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1.1. Z informacji z otwarcia ofert z dnia 12 grudnia 2022 r. wynika, że w Postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z czego Wykonawca zaproponował najniższą cenę, tj. 3.190.620,00 zł. Odwołujący zaproponował ofertę z drugą co do kolejności najkorzystniejszą ceną tj. 5.249.418,60 zł, natomiast wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o. złożył ofertę wycenioną na 8.290.200,00 zł. Ponadto w informacji z otwarcia ofert podano kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia publicznego wynoszącą 5.583.267,00 zł.

1.2. Tym samym cena zaproponowana przez Wykonawcę jest niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert (5.576.746,20 zł), o 42,79%. Ponadto wartość zamówienia wskazana przez tego wykonawcę jest niższa o 46,26% od kwoty, którą Zamawiający

zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

1.3. Wobec tego Zamawiający w dniu 13 grudnia wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazując, że „wzywa do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztów/istotnych części składowych oferty”. (...)

1.5. Wykonawca przedstawił wyjaśnienia dotyczące ceny oferty w piśmie z dnia 20 grudnia 2022 r. Jednakże złożone uzasadnienie należy uznać za bardzo lakoniczne, opierające się na ogólnych stwierdzeniach, na poparcie których nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów.

1.6. Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do dalszych wyjaśnień, lecz w dniu 3 stycznia br. ogłosił wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. (...)

2.6. Przede wszystkim Wykonawca zignorował wezwanie – zawarte na wstępie pisma Zamawiającego z 13 grudnia br. – do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, kosztów czy istotnych części składowych oferty. Ta część wezwania miała kluczowe znaczenie, bowiem wynikało z niej, że oferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego i w rezultacie wykonawca ma przedstawić wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami.

2.7. Tymczasem Wykonawca odniósł się jedynie do niektórych z zagadnień wymienionych w dalszej części wezwania. Niewątpliwie należało na nie odpowiedzieć w sposób wyczerpujący (czego Wykonawca zresztą też zaniechał), ale te pytania miały charakter dodatkowy względem wyjściowego pytania Zamawiającego o to, w oparciu o jakie założenia oferta została skalkulowana.

2.8. W oparciu o tak lakoniczne wyjaśnienia Zamawiający nie miał zapewnionej możliwości zweryfikowania ceny Wykonawcy. W konsekwencji również Odwołujący nie może podjąć rzeczowej polemiki z tym stanowiskiem (lecz mimo to – w dalszej części odwołania – wykazano, że Wykonawca przyjął błędne założenia co do swojej oferty i uzyskał cenę która w żadnym wypadku nie pokrywa rzeczywistych kosztów zamówienia. (...)

3.3. Analiza załączonego do oferty kosztorysu pozwala na identyfikację następujących nieprawidłowości:

- 1) znaczna modyfikacja stawek oraz narzutów wynikających z KNR i KNNR, co skutkuje zmniejszeniem ceny jednostkowej,
- 2) określenie kosztów dostawy oraz montażu poszczególnych urządzeń znacznie poniżej kosztów dostawy samego urządzenia lub brak uwzględnienia w ofercie wszystkich koniecznych materiałów.

3.4. Odwołujący podkreśla, że załączone do niniejszego odwołania kosztorysy stanowią uszczegółowienie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego Wykonawcy (dalej jako „Kosztorys”). Zostały one przygotowane w oparciu o przyjęte przez tego wykonawcę koszty pośrednie, przyjęty na poziomie 5% zysk oraz stawkę roboczogodziny. Jednocześnie, oznaczenie tych wartości było możliwe na podstawie analizy poszczególnych pozycji

Kosztorysu, do których realizacji brak jest konieczności udziału sprzętu. W takich przypadkach, znając przyjętą przez Wykonawcę cenę jednostkową i 5% zysk, możliwym było ustalenie przyjętej przez Wykonawcę ceny za 1 roboczogodzinę oraz wysokość przyjętych kosztów pośrednich. Analiza uszczegółowionych kosztorysów ukazuje dobrowolną modyfikację przez Wykonawcę poszczególnych pozycji Kosztorysu w sposób nieuwzględniający nakładów koniecznych do prawidłowej realizacji zamówienia. (...)

3.6. Wykonawca dokonał zaniżenia wartości prac m.in. dla poz. 1.3.5 oraz 1.3.6. Kosztorysu. Zgodnie bowiem z założeniami Wykonawcy, wartość jednostkowa za wykonanie mechanicznego odspajania 1 m³ skał w wykopach i przekopach dla V kategorii gruntu oraz wykonanie mechanicznego odspajania 1 m³ skał w wykopach i przekopach dla VII kategorii gruntu wynosi odpowiednio 21,87 zł oraz 51,20 zł. Kwoty te nie uwzględniają jednak nakładów koniecznych do prawidłowej realizacji prac. Z uszczegółowionego kosztorysu wynika bowiem wprost, że już tylko przy uwzględnieniu przyjętego przez Wykonawcę kosztu za 1 roboczogodzinę oraz kosztów sprzętu koniecznego do wykonania tych prac, stawki te powinny wynosić odpowiednio 65,99 zł dla mechanicznego odspajania 1 m³ skał w wykopach i przekopach dla V kategorii oraz 225,70 zł dla mechanicznego odspajania 1 m³ skał w wykopach i przekopach dla VII kategorii gruntu. Wykonawca dokonał więc modyfikacji stawek, poprzez ich obniżenie o odpowiednio 66,85% oraz 77,31%. Jednocześnie, Wykonawca swoją kalkulację opierał na danych przekazanych przez Zamawiającego i tym samym nie jest możliwe, aby wiedział on o okolicznościach uprawniających go do zredukowania stawki za te prace. Takie działanie Wykonawcy tylko w zakresie poz. 1.3.5 oraz 1.3.6. Kosztorysu doprowadziło do zaniżenia ceny oferty już o 137.750,17 zł.

3.7. Podobne działania Wykonawcy można zauważyć również w poz. 1.4.1, 1.4.2. Kosztorysu. W obu przypadkach, planowane prace dotyczą umocnienia pełnego ścian wykopów wraz z rozbiórką palami szalunkowymi stalowymi (wypraskami) w gruntach suchych, zaś jedyną różnicą jest głębokość wykopów – odpowiednio 3 m i 6 m. Zgodnie z Kosztorysem, koszt jednostkowy tych prac wynosi odpowiednio 2,37 zł oraz 4,06 zł. Również i w tym przypadku kwoty te zostały znacząco zaniżone. Przy uwzględnieniu bowiem kosztu 1 roboczogodziny, minimalne stawki jednostkowe za ten rodzaj prac powinny wynosić odpowiednio 22,11 zł oraz 23,26 zł. Wykonawca zaniżył zatem obie stawki o ponad 80%, co w konsekwencji skutkuje zaniżeniem ceny ofertowej o ponad 200 tys. zł. (...)

3.9. W kosztorysie Wykonawca dokonał również określenia kosztów dostawy oraz montażu poszczególnych urządzeń znacznie poniżej kosztów dostawy samego urządzenia.

3.10. W pierwszej kolejności, Odwołujący podkreśla, że część z dostarczanych urządzeń jest prefabrykowana na podstawie danych udostępnionych przez Zamawiającego i tym samym brak jest możliwości skorzystania w takich przypadkach ze zmagazynowanych wcześniej

przez wykonawców materiałów lub urządzeń. Przykładami takich urządzeń są Pompownia ścieków PS1 i PS2. Zgodnie z poz. 2.3.3.3. Kosztorysu, Wykonawca przewiduje dostawę, montaż i uruchomienie pompowni prefabrykowanej PS1 za kwotę 96.275,18 zł. Kwota ta jest jednak znacząco zaniżona. Zgodnie bowiem z ofertami otrzymanym przez Odwołującego, koszt prefabrykacji oraz montażu takiej przepompowni wynosi od 175.950 zł do nawet 195.500 zł. Ponadto, zgodnie z poz. 1.8.2. Kosztorysu, Wykonawca przewiduje dostawę, montaż i uruchomienie pompowni prefabrykowanej PS2 za kwotę 71.088,53 zł. Również i ta kwota jest jednak znacząco zaniżona. Zgodnie bowiem z ofertami otrzymanym przez Odwołującego, koszt prefabrykacji oraz montażu takiej przepompowni wynosi od 108.550 zł do nawet 130.700 zł. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby Wykonawca – jako mikroprzedsiębiorca działający na zdecydowanie mniejszą skalę – mógł uzyskać lepsze warunki handlowe od Odwołującego. (...)

3.11. W podobny sposób do powyższego, Wykonawca w Kosztorysie zaniżył również koszty m.in.:

1) wskazanego w poz. 2.2.3.5. kompletu zasuw żeliwnych klinowych owalnych kołnierzowych bez obudowy (zgodnie z Kosztorysem komplet 12 zasuw ma zostać dostarczony za 5 177,40 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą otrzymaną przez Odwołującego komplet tych urządzeń kosztuje 16 740,00 zł),

2) wskazanego w poz. 2.2.3.6. kompletu czyszczaków rewizyjnych z odejściem hydrantowym (zgodnie z Kosztorysem komplet tych urządzeń ma zostać dostarczony za 396,60 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą otrzymaną przez Odwołującego komplet tych urządzeń kosztuje 10 140,00 zł),

3) wskazanego w poz. 2.3.4.9. montażu latarni oświetleniowych parkowych (ogrodowych), z fundamentem prefabrykowanym (zgodnie z Kosztorysem prace te mają zostać wykonane za 838,49 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą otrzymaną przez Odwołującego same urządzenia kosztują 2 728,00 zł),

4) wskazanego w poz. 3.1.15. stawiania słupa oświetlenia zewnętrznego z fundamentem (zgodnie z Kosztorysem prace te mają zostać wykonane za 797,09 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą otrzymaną przez Odwołującego same urządzenia kosztują 2 728,00 zł),

5) wskazanego w poz. 3.1.18. montażu opraw LED 36 W (zgodnie z Kosztorysem prace te mają zostać wykonane za 80,94 zł, podczas gdy zgodnie z ofertą otrzymaną przez Odwołującego same urządzenia kosztują 424,69 zł). (...)

3.12. Odwołujący zauważa również, że Wykonawca w swojej ofercie zdaje się pomijać konieczność uwzględnienia w ofercie kosztów kabli elektroenergetycznych. Należy bowiem zauważyć, że wskazane w poz. 1.9.5., 1.9.6., 3.1.6., 3.1.7. Kosztorysu kwoty są niższe niż koszty zakupu samych kabli elektroenergetycznych. (...)

3.13. Ponadto, zgodnie z poz. 2.2.2.5. Kosztorysu, wykonawca powinien był uwzględnić

w wycenie koszt zakupu piasku wraz z dowozem. Niemniej, analiza tej pozycji wykazuje na brak uwzględnienia w kalkulacji tego materiału. W przypadku bowiem uwzględnienia jedynie kosztów nakładów wg stawek przyjętych przez Wykonawcę, cena jednostkowa wynosi dokładnie 36,04 zł, a więc tyle co w Kosztorysie. Po uzupełnieniu koniecznego nakładu w postaci piasku dowiezionego i ustaleniu minimalnej ceny jednostkowej na poziomie 40 zł/m³, co stanowi wartość rynkową, cena jednostkowa tej pozycji winna wynosić ok 76,04 zł/m³.

3.14. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca dokonał nieuprawnionych modyfikacji w Kosztorysie, co skutkuje rażąco niską ceną oferty. Jednocześnie, wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę pozostają niewystarczające do uznania, że istnieje możliwość prawidłowej realizacji zamówienia za cenę zaproponowaną w ofercie.

4.1. Odwołujący wskazuje, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z 13 grudnia 2022 r. w dostateczny sposób wskazywało, że Wykonawca musi w swoich wyjaśnieniach możliwie szeroko uzasadnić realność zaoferowanej ceny. Wynikało to wprost z zawartego w nich stwierdzenia: „Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztów/istotnych części składowych oferty”.

4.2. Natomiast opisane w dalszej części pisma zagadnienia, co do których oczekiwano wyjaśnień, miały charakter pomocniczy, powielały treść art. 225 ust. 3 PZP, i w żaden sposób nie uchylały obowiązku złożenia wyjaśnień co do wszystkich istotnych elementów cenotwórczych.

4.3. Jednakże nawet gdyby uznać, że treść wezwania była niedostateczna, bowiem pominęła najbardziej wątpliwe elementy kosztorysu Wykonawcy, to wciąż powinien on dostarczyć Zamawiającemu dowodów wykazujących rzetelność przyjętej wyceny.

4.4. Dlatego jedynie z ostrożności w odwołaniu sformułowano zarzut zaniechania zredagowania wezwania w sposób pomijający wezwanie do udzielenia wyjaśnień odnośnie pozycji kosztorysu szeroko omówionych w pkt 3 powyżej.

4.5. Jednakże zdaniem Odwołującego, Wykonawca powinien był własnej inicjatywy przedstawić odpowiednie wyjaśnienia i dowody w konsekwencji samego wezwania skierowanego na podstawie art. 224 ust. 1 PZP – nawet jeżeli te szczególnie kontrowersyjne pozycje kosztorysu nie zostały przez Zamawiającego wprost wskazane w wezwaniu jako wymagające wyjaśnień i dowodów.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem oferty ww. wykonawcy,
- 4) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) powyżej - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień

odnośnie części składowych zaoferowanej ceny szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Pismem z dnia 13.01.2023 r. wykonawca H.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacyjno-Budowlana H.K., ul. Widokowa 88, 32-095 Sieciechowice (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 19.01.2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Trzyciąż.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wskazał, że w cenach jednostkowych robót, oprócz kosztów bezpośrednich, należy uwzględnić wszystkie koszty pośrednie w tym m.in.:

- koszty organizacji, utrzymania, i likwidacji zaplecza budowy wraz z ogrodzeniem, oraz doprowadzeniem i zużyciem wszystkich potrzebnych mediów,
- koszt wszelkich badań, prób, pomiarów, itp. niezbędnych do odbiorów technicznych i odbioru końcowego robót,
- koszty prawidłowego zabezpieczenia terenu budowy,
- koszt odwozu na składowisko materiałów z rozbiórki.
- koszty związane z dodatkowymi uzgodnieniami,
- koszty związane ze sporządzenia dokumentacji powykonawczej,
- koszty związane z wykonaniem technologicznych dróg dojazdowych do miejsc prowadzenia robót,
- opłaty za zajęcie pasa drogowego drogi powiatowej nr 1156K.

Zamawiający dodał, że cena ma zawierać ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę oraz koszt użyczenia instrumentarium, a także że cena musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia i obowiązywać będzie przez cały okres związania ofertą.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.583.267,00 zł brutto. W postępowaniu złożono 3 oferty z cenami:

- 3.190.620,00 zł brutto – oferta przystępującego,

- 5.249.418,60zł brutto – oferta odwołującego,
- 8.290.200,00 zł brutto – trzecia oferta.

Pismem z dnia 13.12.2022 r., z uwagi na to, że cena oferty przystępującego była niższa o 46,26% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 42,79% od średniej arytmetycznej ofert, zamawiający na podstawie art. 224 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i dowodów „w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztów/istotnych części składowych oferty” i zacytował okoliczności wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 20.12.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień, w których wskazał m.in.:

- „Działalność prowadzona jest w budynku własnym a wykonawca nie ponosi kosztów z tytułu najmu lokalu, parkingu, hal lub innych urządzeń infrastruktury.”
- „Wykonawca nie ma potrzeby zatrudnienia dodatkowych osób do realizacji przedmiotowego zamówienia lub korzystania z pracowników zewnętrznych np. Agencji pracy czasowej.”
- „Ponadto ze względu na zrealizowane dotychczas zadania koszty utrzymania pracowników realizujących dane zadanie są niższe ze względu na koszty gotowości związane z zrealizowanymi już zadaniami i obowiązującymi z tego tytułu zobowiązaniami z lat wcześniejszych co wpłynęło również na zaoferowana przez nas cenę i związanymi z nimi niskimi kosztami realizacji przedmiotowego zadania.”
- „W odniesieniu do wyliczenia kosztów robocizny nasza Firma przyjęła stawki wynagrodzenia ustalone w oparciu o umowę o pracę, których wartość zgodnie z art.90 udt.1 pkt 1 ustawy Pzp, nie jest niższa o minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy (...) o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) i jesteśmy świadomi również waloryzacji jaka jest przyjmowana corocznie w związku z okresem trwania umowy. Przyjęta stawka wynagrodzenia uwzględnia waloryzację w przyszłym roku (tj. w trakcie realizacji w/w zadania).”
- „Ceny materiałów wykorzystanych dla potrzeb realizacji zadania zostały przyjęte w oparciu o aktualne, rynkowe oferty cenowe materiałów z uwzględnieniem dostępnych dla wykonawcy rabatów handlowych. Istotną przesłanką jaką Wykonawca wziął pod uwagę przy kształtowaniu ceny ofertowej jest posiadanie stałego upustów na zakup materiałów.”
- „Ponadto posiadamy na swoim magazynie część wysokiej klasy materiałów pozostałych po wcześniejszych realizacjach i chcemy je wykorzystać przy realizacji zadania.”
- „Zakładamy możliwość oszczędności z uwagi na stosowne metody wykonywania

zamówienia, stosowane rozwiązania techniczne i możliwość wykorzystania nowoczesnych rozwiązań technicznych oraz możliwość wykonania w całości z własnych zasobów zadania w zakresie potencjału technicznego co pozwala na realizację zamówienia bez ponoszenia kosztów dodatkowych wynajmu maszyn i urządzeń.”

- „Tym samym koszty związane z bieżącą eksploatacją dla realizacji zadania, koszty ubezpieczenia, serwisu, konserwacji będą ograniczone poprzez możliwość okresowego używania tego sprzętu dla realizacji innych zadań. Koszty stałe zostaną tym samym rozdzielone na różne zadania.”
- „Wykonawca założył w związku z realizacją przedmiotowego zadania marżę na poziomie 5% i uznaje ją za adekwatną wystarczającą dla skali prowadzonej działalności gospodarczej.”

Przystępujący nie dołączył do ww. wyjaśnień żadnych dowodów ani kalkulacji.

Pismem z dnia 03.01.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed

wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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 art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy

wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie przystępujący udzielił wyjaśnień, w których nie wykazał realności ceny swojej oferty, w szczególności:

- wskazał na przysługujące mu rabaty handlowe / stałe upusty na zakup materiałów, ale nie wykazał, których materiałów czy usług dotyczą te rabaty/upusty, w jakiej są one wysokości, przez jaki okres obowiązują, jak też nie przedstawił żadnych dowodów na posiadanie takich rabatów/upustów,
- wskazał, że ma zmagazynowane „wysokiej klasy materiały pozostałe po wcześniejszych realizacjach”, ale nie przedstawił, jakie są to materiały, w jakiej ilości, w jakim stanie (czy nadają się do wykorzystania),
- wskazał na „oszczędności z uwagi na stosowane metody wykonywania zamówienia, stosowane rozwiązania techniczne”, ale nie wyjaśnił, jakie metody / rozwiązania techniczne zamierza zastosować i czym różnią się one od metod / rozwiązań stosowanych przez innych wykonawców,
- wskazał na „realizację zamówienia bez ponoszenia kosztów dodatkowych wynajmu maszyn i urządzeń”, ale nie wykazał, że posiada własne maszyny i urządzenia w liczbie i rodzaju pozwalającym na realizację zamówienia,
- wskazał na stawki wynagrodzenia nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale nie wykazał, że zatrudnione przez niego osoby rzeczywiście mają w umowach zagwarantowane takie wynagrodzenie,
- wskazał, że nie ma potrzeby zatrudnienia dodatkowych osób, ale nie wykazał, ile osób zatrudnia i że jest to ilość wystarczająca do wykonania zamówienia,
- wskazał, że prowadzi działalność we własnym budynku, ale nie wykazał tego żadnymi dowodami,
- wskazał, że koszty eksploatacyjne, koszty ubezpieczenia, serwisu, konserwacji, będą rozdzielone na różne realizowane przez niego zadania, ale nie wyjaśnił, w jaki sposób zamierza rozdzielić te koszty i w jakiej wysokości uwzględnił je w cenie oferty,
- wskazał, że: „ze względu na zrealizowane dotychczas zadania koszty utrzymania pracowników realizujących dane zadanie są niższe ze względu na koszty gotowości związane z zrealizowanymi już zadaniami i obowiązującymi z tego tytułu zobowiązaniami

z lat wcześniejszych co wpłynęło również na zaoferowana przez nas cenę i związanymi z nimi niskimi kosztami realizacji przedmiotowego zadania”, ale nie wyjaśnił, w jaki sposób realizacja wcześniejszych zadań i związane z tym „koszty gotowości”, wpłynęły na koszty utrzymania pracowników i cenę oferty,

- wskazał na zysk w wysokości 5%, ale nie przedstawił żadnych wyliczeń/kalkulacji, które potwierdzałyby zasadność przyjęcia zysku na takim poziomie.

Przystępujący nie wyjaśnił też, w jaki sposób wszystkie ww. okoliczności wpływają na cenę oferty, w szczególności na jej obniżenie. I co najważniejsze – nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie którejkolwiek z ww. okoliczności. Powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę ogólnikowość wyjaśnień i brak złożenia jakichkolwiek dowodów, nie ma też podstaw do ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Ponowne wezwanie może być bowiem kierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wyjaśnieniami, które nie zawierają żadnych konkretów i żadnych dowodów. Tym samym powtórne wezwanie do ich złożenia stanowiłoby niezgodne z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dawanie wykonawcy „drugiej szansy”.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia, w dodatku bez dowodów, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odnosząc się natomiast do stanowiska zamawiającego, który ocenił cenę oferty przystępującego poprzez porównanie jej do ceny jego oferty złożonej w podobnym postępowaniu w 2020 r., która też była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i od średniej arytmetycznej ofert, a mimo to przystępujący należycie zrealizował zamówienie, należy przede wszystkim podkreślić, że w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do dokonywania oceny w oparciu o inne dokumenty, dotyczące w dodatku innego zamówienia (nawet analogicznego) i nie jest uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno

wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zatem argumenty zamawiającego odnoszące się do postępowania prowadzonego w 2020 r. nie mają żadnego znaczenia dla oceny ceny oferty przystępującego, gdyż podstawą do dokonywania takiej oceny powinny być wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami. Skoro przystępujący złożył ogólnikowe wyjaśnienia bez dowodów, to obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że podstawą do badania ceny oferty mogą być jedynie wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś ewentualne wyjaśnienia i dowody złożone przed Izbą w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że wyjaśnienia przystępującego przedstawione na rozprawie dotyczące m.in. szalunków, czy transportu materiałów, nie mogą być przedmiotem oceny Izby, gdyż nie były zawarte w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu (pomijając już kwestię braku dowodów tym zakresie, które zresztą gdyby zostały złożone dopiero na rozprawie również nie podlegałyby ocenie, jako spóźnione). Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą oceny, czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska, są wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie złożone przez przystępującego wyjaśnienia (bez dowodów) nie potwierdzają realności ceny jego oferty.

W związku z tym Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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