

KIO 534/24, Możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

LEX nr 3702060

Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 6 marca 2024 r.

KIO 534/24

Możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny

TEZA aktualna

Zwrócić uwagę należy, że jak stanowi art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Zamawiający, mimo wystąpienia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, ma możliwość odstąpienia od takiego wezwania, jeśli "rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia".

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodnicząca: Beata Konik.

Sentencja

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Polbud T. S. z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Domaradz,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności z 14 lutego 2024 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ROSE T. L., ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ROSE T. L. na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Domaradz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego T. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Polbud T. S. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie faktyczne

Gmina Domaradz, (dalej: "Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: "Nadbudowa i przebudowa części budynku Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Domaradzu", nr postępowania: ZP.271.1.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 12 stycznia 2024 r., nr 2024/BZP 00032820/01.

W postępowaniu tym wykonawca T. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Polbud T. S. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: "Odwołujący") 19 lutego 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ROSE T. L. z siedzibą w Strzyżowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez uznanie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Firma Handlowa ROSE T. L. za wystarczające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Handlowa ROSE T. L. mimo, iż zawierała ona rażąco niską cenę;
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie jej powtórzenia, odrzucenie oferty Wykonawcy Firma Handlowa ROSE T. L. jako zawierającą rażąco niską cenę, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Uzasadnienie prawne

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, iż jego oferta jest na drugim miejscu w rankingu i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szanse na wygranie postępowania i uzyskanie zamówienia a w wyniku czynności zamawiającego może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że wezwaniem z 6 lutego 2024 r. Zamawiający zobowiązał Wykonawcę T. L. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty ww. Wykonawcy oraz złożenia dowodów dotyczących ceny i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Następnie Odwołujący wskazał, że z treści ww. wezwania wynika, że cena realizacji zamówienia (marża), podana przez Wykonawcę jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca T. L. przedstawił bardzo lakoniczne wyjaśnienia z dnia 7 lutego 2024 r., nie załączając jakichkolwiek dowodów mimo wyraźnego wezwania w tym zakresie ze strony Zamawiającego jak również dyspozycji wynikającej z art. 224 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, powyższe wezwanie oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przy czym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną przez niego cenę. Odwołujący poniósł, że zastosowanie procedury z art. 224 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Na skutek powyższego domniemania Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień jeżeli chce je obalić, musi udowodnić, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalili się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Odwołujący wskazał, że powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2019 r. (KIO 992/19). Odwołujący wskazał też na stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 12 października 2009 r. (KIO/UZP 1415/09) oraz w wyroku z dnia 7 marca 2023 r. KIO 442/23.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę T. L. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca te wskazuje, iż znajduje się w szczególnej sytuacji, ponieważ uzyskuje rabaty w zakresie materiałów budowlanych na poziomie 50% przy czym nie załączył w tym zakresie żadnych dowodów. Odwołujący podniósł, że uzyskiwanie rabatów w zakresie materiałów budowlanych nie jest niczym szczególnym dla każdego z przedsiębiorców prowadzących działalność w tym zakresie, natomiast wykazanie konkretnego poziomu opustów wymaga, zdaniem Odwołującego, wykazania rzeczywistego poziomu rabatów, choćby poprzez wskazanie umowy, która taki poziom rabatów zapewnia. Odwołujący podniósł, że wykonawca nie

wskazał w swoich wyjaśnieniach czy ten rabat w wysokości 50% uzyskuje u wszystkich dostawców i czy liczony jest on od cen katalogowych czy też rynkowych, które są znacząco niższe. Odwołujący w tym zakresie powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 15 maja 2023 r. KIO 1191/23.

Odwołujący wskazał, że także w zakresie stawki roboczogodziny wskazana przez Wykonawcę stawka 30 zł jest poniżej kosztów zatrudnienia pracownika, nawet na podstawie minimalnego wynagrodzenia.

Odwołujący podniósł, że opracowania dostępnego na stronie www.zzbudowlani.pl minimalna kalkulacyjna stawka wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych wynosi w I półroczu 35,68 zł za roboczogodzinę, a w II półroczu 36,16 zł (wydruk ze strony w załączeniu). Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z wytycznymi kosztorysowania w skład ceny robocizny wchodzi następujące składniki kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych:

- 1) płace zasadnicze według osobistego zaszeregowania, przyjmowane jako średnie ważone,
- 2) premie regulaminowe,
- 3) płace dodatkowe (np. za kierowanie brygadą, dodatki funkcyjne, stażowe itp.),
- 4) płace uzupełniające (np. wynagrodzenia za okres urlopu i inne płatne nieobecności w pracy, zasiłki chorobowe nier refundowane przez ZUS, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe),
- 5) obowiązkowe obciążenia płac, np.

z tytułu składek na rzecz ZUS, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, mieszkaniowy itp. Odwołujący zaznaczył, że prawidłowość takiego wyliczenia kosztów robocizny (roboczogodziny) potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 czerwca 2021 KIO 1441/21. Co więcej powyższe wyliczenia oparte są na założeniu, iż wszyscy zatrudnieni pracownicy otrzymują płacę minimalną, co w świetle doświadczenia życiowego, zdaniem Odwołującego, należy uznać za nierealne. Odwołujący podkreślił, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na ceny zawarte w kosztorysie inwestorskim (pkt 8 wyjaśnień), który nie powinien być mu znany, a jeśli został udostępniony, to stanowi to jawne naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego niemal wszystkie punkty wyjaśnień oparte są na ogólnikowych sformułowaniach, które w żaden sposób nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny.

W złożonej pismem z 1 marca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp),

podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody. Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: "SWZ"), Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu nadbudowy i przebudowy części budynku Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Domaradzu, w następującym zakresie:

- 1) Wykonanie nadbudowy trzeciej kondygnacji nad istniejącym segmentem szkolnoprzedszkolnym, dla uzyskania dodatkowych klas lekcyjnych,
- 2) Wejście do projektowanych pomieszczeń na drugim piętrze projektuje się poprzez istniejącą klatkę schodową, którą należy dostosować do warunków przeciwpożarowych zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- 3) Istniejący budynek jak i projektowana nadbudowa ma konstrukcję murowaną z elementami żelbetowymi - słupy, belki, stropy, pokryty będzie dachem wielospadowym, o konstrukcji drewnianej i nachyleniu połaci dachowych 20°, pokrycie z blachy profilowanej (na rąbek stojący lub niski, szeroki trapez) w kolorze rudobrązowym
- 4) Projektuje się dźwig osobowy dla osób z ograniczoną zdolnością poruszania się, 5) Projektuje się docieplenie budynku, wymianę stolarki okiennej na spełniającą obowiązujące przepisy w zakresie energooszczędności oraz wykonanie nowej elewacji.

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia należy wykonać z materiałów własnych wykonawcy zgodnie ze sztuką budowlaną, przy zastosowaniu obowiązujących norm i zgodnie z załączoną dokumentacją projektową (projekt architektoniczno-budowlany, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robót, oferta wykonawcy z kosztorysem ofertowym).

Zamawiający wskazał, że termin realizacji zamówienia wynosi do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, określone zostały w Załączniku nr 6 do SWZ.

W rozdziale XVI SWZ, Zamawiający wskazał następujące postanowienia odnoszące się do sposobu obliczenia ceny: "1. Przed obliczeniem ceny oferty wykonawca dokładnie i szczegółowo zapozna się z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdz. III SWZ oraz załączonymi dokumentami zamówienia. Cenę za wykonanie zamówienia wykonawca przedstawi na formularzu oferty (Zał. Nr 1). 3. W formularzu ofertowym należy podać cenę netto za wszystkie elementy zamówienia. Cenę oferty oraz należny podatek VAT należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku."

Na podstawie informacji z otwarcia ofert ustalono, że w postępowaniu złożono 8 ofert. Zamawiający poinformował, że na realizację zamówienia przeznaczył 4 992 674,48 zł. Cena oferty wykonawcy Firma Handlowa ROSE T. L. to 3 479 929.53 zł, cena oferty Odwołującego to 3 830 807.74 zł.

Pismem z 6 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Firma Handlowa ROSE T. L. do złożenia wyjaśnień ceny. Podstawą prawną wezwania był art. 224 ust. 1 i ust. 2, pkt 1 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający w treści wezwania wskazał: "Zamawiający informuje, że cena złożonej przez Państwa oferty budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego i wynosi 4 992 674,48 zł, wartość niższa o 30% wynosi 3 494 872,14 zł, a oferta Wykonawcy wynosi 3 479 929,53 zł. W związku z tym, że cena oferty jest niższa o ponad 30% od ww. wartości zamówienia, Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2, pkt 1 ustawy Pzp, jest zobowiązany do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie, będzie brał pod uwagę czynniki wskazane w treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, tj;

- 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 października 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.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy."

Wykonawca Firma Handlowa ROSE T. L. złożył wyjaśnienia pismem z 7 lutego 2024 r.

Pismem z 14 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Firma Handlowa ROSE T. L.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

W pierwszej kolejności wskazać trzeba, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający

odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do treści 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.

Natomiast jak wynika z 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. Zgodnie z ust. 2 ww. regulacji 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.

Jak natomiast wynika z art. 224 ust. 3 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 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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.

Ustawa Pzp przesądza również, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (vide art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a ponadto stanowi, że 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 (vide art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Reasumując powyższe, gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że ustawodawca przesądził, że wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze. Oczywiście, w zależności od okoliczności danego stanu faktycznego, niewykluczone będzie, że złożenie samych wyjaśnień będzie wystarczające dla pozytywnej ich oceny, ale może mieć to miejsce w sytuacji szczególnej, gdy same wyjaśnienia są na szczegółowe i rzeczowe i zawierają kluczowe informacje pozwalające na wniosek, że wykonawca wykazał prawidłowość zaoferowanej ceny. Niewątpliwie ocena taka musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

Przechodząc do oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ROSE T. L., Izba doszła do przekonania, że czynność Zamawiającego polegająca na ich pozytywnej ocenie nie była prawidłowa, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje, że nie zgadza się z twierdzeniem jakoby w świetle treści wezwania z 6 lutego 2024 r. udzielone przez Firmę Handlową Rose wyjaśnienia były wystarczające, w tym aby uzasadniały podaną w ofercie cenę.

Analizując wezwanie z 6 lutego 2024 r. Izba dostrzega, że choć nie było ono obszerne i miało raczej standardowy charakter, to niewątpliwie z jego treści wynika, że po pierwsze Zamawiający powiadomił wykonawcę o podstawie wezwania, którą był art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny. W tym miejscu zwrócić uwagę należy, że jak stanowi art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający, mimo wystąpienia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny ma możliwość odstąpienia od takiego wezwania, jeśli "rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości, co oznacza tym samym, że uznał iż wyjaśnienia są mu niezbędne. W tym kontekście, nie jest dla Izby jasne stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: "Z doświadczenia zawodowego i logiki wynika, że przedsiębiorca Firma Handlowo Usługowa ROSE T. L., który realizował już podobne zamówienia, (nawet wiele lat temu u Zamawiającego), posiada doświadczenie na danym rynku, umie wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie dolicza nadmiernego buforu

bezpieczeństwa, co znalazło odzwierciedlenie w cenie oferty (...)". Podobnie Izba ocenia powołanie się przez Zamawiającego na ceny oferowane w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego - okoliczność ta również nie była dla Zamawiającego na tyle przekonującym argumentem, aby na tej podstawie odstąpił on od wezwania. Innymi słowy, skoro Zamawiający zdecydował się wywiązać z obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny, to następnie udzielone mu wyjaśnienia powinien wnikliwie ocenić, nie sprowadzając tej czynności jedynie do formalnego jej wykonania.

Następnie Izba wskazuje, że w treści wezwania Zamawiający wskazał wprost, że "dokonując oceny wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie, będzie brał pod uwagę czynniki wskazane w treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp" oraz wskazał na pkt od 1) do 8), tj. wskazał też na pkt 4) i 6) odnoszące się do kwestii związanych z zatrudnieniem. Oznacza to, że wykonawca powinien w sposób wyczerpujący udzielić wyjaśnień w tym zakresie, co w ocenie Izby nie miało miejsca. Choć w wyjaśnieniach z 7 lutego 2024 r. wykonawca odniósł się do wszystkich punktów wezwania, to udzielone przez niego wyjaśnienia są bardzo lakoniczne. Przypomnieć należy, że w warunkach tego zamówienia Zamawiający wymaga zatrudnienia osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności na podstawie stosunku pracy. Jak wynika z treści pkt III.7 SWZ, Zamawiający wskazał wprost:

"Zamawiający zgodnie art. 95 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane poniżej czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1320 z późn. zm.), obejmują następujące rodzaje czynności:

- a) roboty ogólnobudowlane i wykończeniowe,
- b) roboty instalacyjne wod-kan,
- c) roboty elektryczne i elektrotechniczne,
- d) roboty przy wykonywaniu pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobnych robót."

Powyższy obowiązek ma odzwierciedlenie w treści § 5 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SWZ).

Tymczasem w wyjaśnieniach z 7 lutego 2024 r. w pkt 7 wykonawca bardzo enigmatycznie wyjaśnił stawkę jednostkową za roboczogodzinę i nie jest jasne z czego, tj. z jakich elementów składowych, wynikają podane przez niego wartości. W pkt 4 wyjaśnień wykonawca jednym zdaniem oświadczył, że zatrudnia kadrę na podstawie umowy o pracę na pełen etat, przy czym wykonawca nie podał żadnych informacji na temat stawek, w oparciu o jakie zatrudnia pracowników, w tym czy uwzględnił w kalkulacji nowe stawki na umowę o pracę obowiązujące w 2024 r., co ma istotne znaczenie mając na uwadze, że Zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 12 miesięcy. Brak też informacji o ponoszonych przez wykonawcę kosztach (ich rodzaju i wysokości) związanych z zatrudnieniem personelu na umowę o pracę.

Wreszcie, dostrzec należy, że w wezwaniu Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie całej ceny oferty i choć Zamawiający wprost nie zażądał kalkulacji, jest dla Izby oczywiste, że w celu wyjaśnienia całej ceny oferty, powinna zostać ona przedstawiona. Oczywiście wykonawca, z uwagi na brak narzucenia określonej metodologii jej sporządzenia, miał swobodę w jej zaprezentowaniu, niemniej jednak wykonawca w wyjaśnieniach powinien dążyć do wykazania i wyjaśnienia poszczególnych elementów składowych ceny, co również nie miało miejsca. Samo lakoniczne wskazanie w pkt 7 wyjaśnień wysokości zysku, czy

kosztów pośrednich wyrażone procentowo, nie może być zdaniem Izby uznane za wystarczające. Jest to bowiem duży poziom uogólnienia i nie poddaje się jakiegokolwiek weryfikacji.

Podobnie wyjaśnienia odnoszące się do cen zakupu materiałów, pozyskanych rabatów są niezwykle lakoniczne i nieoparte żadnymi dowodami. Słusznie podniósł Odwołujący, że sama wysokość rabatu nie pokazuje jak udało się obniżyć cenę jeśli nie wiadomo od jakiej ceny rabat jest naliczany. Podobnie należy ocenić oświadczenie, zgodnie z którym posiadanie udziałów w hurtowni materiałów pozwala wykonawcy na uch zakup w "dobrych cenach".

Powołanie się przez wykonawcę na wcześniejszą realizację i okazanie referencji również nie może zostać uznane za wystarczające. Inwestycja realizowana była w 2021 w okresie półrocznym. Wykonawca nie wykazał w treści wyjaśnień z jakiego powodu uważa, że powołanie się na to zadanie jest adekwatne w okolicznościach tej sprawy. Nie zostało dokonane żadne porównanie między przedmiotową inwestycją, a tą której dotyczą referencje zatem nie jest w ocenie Izby jasne, z czego wywodzone jest ewentualne podobieństwo. Zamawiający również, poza lakonicznym stwierdzeniem, że zakresy obu inwestycji są podobne nie dokonał żadnej analizy porównawczej. Wskazać w tym miejscu należy, że każda inwestycja ma swoje warunki realizacji, począwszy od zakresu rzeczowego, przez zaprojektowane materiały, po termin i warunki realizacji co niewątpliwie rzutuje na cenę. Stąd też w ocenie Izby powołanie się na referencje, nie mogło przesądzić o prawidłowości zaoferowanej ceny.

Reasumując udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia z 7 lutego 2024 r. są bardzo lakoniczne, sporządzone zostały na dużym poziomie ogólności i ich forma oraz treść nie może zostać uznana za wystarczającą, w ocenie Izby, dla uzasadnienia zaoferowanej ceny.

Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, powyższa norma prawna znajduje zastosowanie, ponieważ jakość udzielonych przez wykonawcę pismem z 7 lutego 2024 r. wyjaśnień pozwala na wniosek że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa ROSE T. L. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) oraz § 7 ust. 1 w związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w związku z § 5 pkt

1) i pkt

2) lit.

b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....