

Kielce, dnia 02 maja 2023 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Odwołujący:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum:

1/ **Łukasz Krawczyk** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **COMFORT-THERM Łukasz Krawczyk** z siedzibą w **Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo – Lider Konsorcjum**

2/ **COMFORT-THERM Sp. z o.o.** z siedzibą w **Płońsku przy ul. Piaskowej 9 B, 09 -100 Płońsk, KRS: 0000426628 – Partner Konsorcjum**

3/ **Emilia Ziólkowska** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **EM-BUD COMPLEX Emilia Ziólkowska** z siedzibą w **Chajęty przy ul. Miłej 15, 05-252 Chajęty – Partner Konsorcjum**

reprezentowani przez Lidera Konsorcjum zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem na rzecz:

Łukasz Krawczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **COMFORT-THERM Łukasz Krawczyk** z siedzibą w **Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo – Lider Konsorcjum**

e-mail: lukasz@comfort-therm.pl

tel.: 600 - 335 -802

reprezentowani przez pełnomocnika

[radcę prawnego Marcela Szmita](#)

z Kancelarii Radców Prawnych

Al. IX Wieków Kielc 16/2

25 - 516 Kielce

e-mail: m.szmit@prawnik-kielce.pl

tel. 505 012 293

Zamawiający:

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie
ul. Powstańców Wielkopolskich 2

06-400 Ciechanów

Tel: 23 / 672 31 27

E-mail: zp1@szpitalciechanow.com.pl

Dotyczy zamówienia: **Roboty budowlane dla zadania pn. Przebudowa podziemnych tuneli komunikacyjnych w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie.** znak sprawy: ZP/2501/13/23

Nr ogłoszenia w BZP: 2023/BZP 00103390 z dnia 21.02.2023 roku

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Odwołującego (Konsorcjum) składającego się z następujących wykonawców: **Lukasz Krawczyk** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **COMFORT-THERM Lukasz Krawczyk - Lider Konsorcjum**; **COMFORT-THERM Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku** -Partner Konsorcjum; **Emilia Ziółkowska** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **EM-BUD COMPLEX Emilia Ziółkowska - Partner Konsorcjum** (dalej łącznie: Odwołujący lub Konsorcjum) na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa które przedkładałam w załączeniu wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w kwocie 17,00 zł, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych - zwanej dalej: ustawą Pzp, składam odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego – Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie na zamówienie publiczne w trybie podstawowym (art. 275 pkt.1 pzp) pn.: **Roboty budowlane dla zadania pn. Przebudowa podziemnych tuneli komunikacyjnych w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie. znak sprawy: ZP/2501/13/23 tj. wobec dokonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa (zwięźle przedstawienie zarzutów):

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 pzp w zw. z art. 224 ust. 6 pzp poprzez ich niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zaś złożone na wezwanie zamawiającego pisemne wyjaśnienia z dnia 06.04.2023 roku są ogóle i lakoniczne, nie zawierają jakichkolwiek kalkulacji cenowych, wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie

2) naruszenie art. 253 ust. 1 pzp w zw. z art. 239 ust. 1 pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna zostać odrzucona

3/ naruszenie art. 16 ust. 1 pzp poprzez naruszenie naczelnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonując wyboru oferty która podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę oferty

z ostrożności procesowej:

4/ naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 224 ust. 4 pzp poprzez jego naruszenie polegające na ogólnym i niesprecyzowanym wezwaniu do złożenia wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, w szczególności w zakresie:

- 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;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1/ unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2/ odrzucenie oferty wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane

3/ dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

Odwołująca **posiada interes** w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 pzp. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w sposób bezpośredni pozbawiło Odwołującą uzyskania zamówienia, której oferta w świetle kryteriów oceny ofert znajduje się na drugim miejscu za ofertą wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane

Odwołanie wnoszone jest z zachowaniem przewidzianego w ustawie pzp terminu, ponieważ do wyboru najkorzystniejszej oferty doszło w dniu 27.04.2023 roku. W tym samym dniu o wyborze najkorzystniejszej oferty została poinformowana Odwołująca.

Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu o którym mowa w art. 514 ust. 2 pzp (dowód doręczenia kopii odwołania zamawiającemu znajduje się w załączeniu niniejszego odwołania za pomocą poczty elektronicznej).

Uzasadnienie

Zamawiający Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie prowadzi postępowanie przetargowe w trybie podstawowym (art. 275 pkt.1 pzp) pn.: **Roboty budowlane dla zadania pn. Przebudowa podziemnych tuneli komunikacyjnych w Specjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Ciechanowie. znak sprawy: ZP/2501/13/23.**

W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwość co zaoferowanej ceny oferty wykonawcy Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane. Zamawiający ustalił, że oferta w/w wykonawcy jest niższa o 33,14% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert w postępowaniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt. 1 pzp *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;

W myśl art. 224 ust. 1 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.

Ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena oferty nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 pzp).

Zamawiający pismem z dnia 04 kwietnia 2023 roku wezwał wykonawcę Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w której zażądał wyjaśnienia ceny złożonej oferty wraz z przedłożeniem dowodów na poparcie tych wyjaśnień. Zamawiający zadał również dwa konkretne pytania które dotyczyły przedmiotu wyjaśnień do SWZ w toku postępowania przetargowego. Wyjaśnienia miały zostać złożone w terminie do dnia 07.04.2023 roku.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane pismem z dnia 06.04.2023 roku udzielił krótkich wyjaśnień które w zasadzie ograniczają się w swojej treści do swoistego oświadczenia, że oferta została prawidłowo skalkulowana w oparciu o przeprowadzoną wizję lokalną oraz na podstawie załączonych do oferty przedmiarów. Wykonawca wyjaśnił również, że oferty innych wykonawców są rażąco zawyżone a jego oferta jako jedyna mieści się w budżecie zamawiającego. Do tak złożonych wyjaśnień nie przedłożono jakichkolwiek dowodów.

Przedłożone wyjaśnienia są bardzo ogólne, lakoniczne, nie zawierają jakichkolwiek dowodów a zatem nie wypełniają dyspozycji art. 224 ust. 5 pzp. Wykonawca nie przedstawia jakichkolwiek wyliczeń, kalkulacji powołując się jedynie na złożony do oferty przedmiar co do którego zamawiający powziął właśnie wątpliwość - na jego podstawie wyliczona została cena oferty. Zamawiający do tego oczekiwał również przedstawienia stosownych dowodów - których wykonawca w ogóle nie zgłosił.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia jakim są roboty budowlane - mamy do czynienia ze skomplikowanym procesem który składa się z wielu istotnych elementów cenotwórczych składających się na całości zamówienia (zakup i dostawa materiałów budowlanych; koszty sprzętu używanego do wykonania robót; koszty pracownicze; zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu).

Zamawiający zupełnie stracił z pola widzenia treść art. 224 ust. 3 pzp

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, 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 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.*

Katalog przedmiotu wyjaśnień jest zatem co prawda katalogiem otwartym ale zgodnie z treścią art. 224 ust. 4 pzp ***W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.***

Obowiązkiem wykonawcy było zatem wyjaśnienie i udowodnienie cen oferty w zakresie:

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;

oraz

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (nie tylko dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny) jest dołożenie wszelkiej staranności, by wyjaśnienia te zawierały wszystkie informacje, których oczekuje zamawiający. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 Prawa zamówień publicznych)” (wyr. KIO z 7.3.2022 r., [KIO 421/22](#), Legalis).

„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, niepoparte 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 przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót) usług, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych 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 – w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień – mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym

zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk” (wyr. KIO z 16.1.2020 r., [KIO 2664/19](#), Legalis).

Zamawiający nie miał możliwości dokonać obiektywnej oceny w zakresie ustalenia czy cena oferty wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w oparciu o złożone wyjaśnienia z dnia 06.04.2023 roku. O tym, że wyjaśnienia są wadliwe świadczy również fakt, że wykonawca po wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień w dniu 18.04.2023 roku kontynuował składanie wyjaśnień w sprawie. Nie dość, że nic konkretnego z tych wyjaśnień nie wynika to dodatkowo stwierdzić należy, że zostały one złożone po terminie - a zatem w ogóle nie mogły być brane przez zamawiającego pod uwagę.

W analizowanej sprawie należy uznać, że ponowne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny byłoby naruszeniem naczelnych zasadach opisanych w art. 16 ust. 1 pzp. Co do zasady bowiem wezwanie może mieć jednokrotny charakter. Kolejne wezwania w drodze wyjątku służyć mają co najwyżej wyjaśnieniu dalej zrodzonych wątpliwości w zakresie już złożonych wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie w zasadzie można przyjąć, że wykonawca jako profesjonalny podmiot zbagatelizował to wezwanie. Z punktu widzenia złożonych wyjaśnień można przyjąć, że kolejne wezwanie będzie tak naprawdę zupełnie nowym wezwaniem ponieważ musiałyby swym zakresem obejmować całość wyjaśnień ceny.

Należy przy tym pamiętać, że rolą Zamawiającego nie jest przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że Zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny, tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył za pierwszym razem nie były ogólnikowe i wymijające, lecz merytoryczne. Ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione. Nie może stanowić „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne. **Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W przypadku, gdy wykonawca pierwotnie składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień.**

W ocenie Odwołującego wykonawca Jarosław Grzankowski Usługi Remontowo - Budowlane nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca ten nie dość, że nie osiągnie zysku to dodatkowo poniesie stratę. Obecna sytuacja poważnie zatem zagraża prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Mimo, że trudno jest w jakikolwiek sposób merytoryczny odnieść się do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie ceny oferty to jednak Odwołujący w tym miejscu przytacza najważniejszą argumentację odnoszącą się do kosztów realizacji przedmiotowych robót budowlanych.

Reasumując Zamawiający staje niejako po stronie Wykonawcy który nie dość, że składa ofertę o kilka milionów tańszą od pozostałych to jeszcze nie czuję się w obowiązku profesjonalnego wyjaśnienia jej ceny. Zamawiający mając złożone w postępowaniu 4 oferty z których najkorzystniejsza jest tańsza od kolejnej o ok. 2,5 mln zł daje wiarę Wykonawcy którego wyjaśnienia same w sobie nic nie wyjaśniają a na pewno nie odnoszą się literalnie do wymaganych przez ustawę Pzp kwestii. Nie sposób zatem zgodzić się z postępowaniem Zamawiającego który zamiast oczekiwać od Wykonawcy który jest profesjonalistą w swojej branży wyjaśnień pełnych i udowodnionych przyjmuje kilka ogólnych zdań nie stanowiących de facto wyjaśnienia RNC.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak na wstępie.

- 1/ aktualne wydruki CEIDG i KRS członków Konsorcjum (odwołującej)
- 2/ opłata od odwołania w kwocie 10 000 zł
- 3/ dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu
- 4/ pełnomocnictwo dla radcy prawnego wraz z opłatą skarbową w kwocie 17,00 zł
- 5/ pełnomocnictwo Lidera Konsorcjum