Sygn. akt KIO 1892/19

WYROK

z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud" S.A. z Katowic (40-059) w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z Krakowa (31-155)

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Modular Sp. z o.o. z Żywca (34-300), zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z Krakowa (31-155) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: sto tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud" S.A. z Katowic (40-059) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki z Krakowa (31-155) na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Dombud" S.A. z Katowic (40-059) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Krakowie.

Przewodniczący: .....

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę budynków dydaktycznych z wymianą ścian osłonowych, ociepleniem stropodachów i ścian oraz przebudową i budową instalacji wewnętrznych w budynkach ZC-J (17-51) i CZ-K (17-45), Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej, w ramach zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Wydziału Mechanicznego, Laboratoria J i K. Al Jana Pawła II37, Kraków" (znak sprawy KA-2/914/2019), prowadzonym przez Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków (dalej „zamawiający") wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" Spółka Akcyjna, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"], tj. ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo, że oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 zw. z art 90 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co zostało wykazane w wyjaśnieniach odwołującego,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 29 ust. 1, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, że „oferta zawiera rażąco niską cenę w poz. 86 (element 2.8) dla branży elektrycznej kosztorysu ofertowego" pomimo, że treść pozycji 86 (element 2.8) przedmiaru przygotowanego przez zamawiającego oraz wyjaśnienia zamawiającego do tej pozycji nie dawały podstaw do takiej oceny, a to ze względu na niejednoznaczny i niewyczerpujący opis poz. 86, tj. szaf dystrybucyjnych 19" stojących,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, poprzez błędną wykładnię przepisów i mylne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia przez jeden składnik ceny, jakim jest koszt wykonania robót z pozycji 86 stanowi istotną część składową ceny oferty, a cena pozycji 86 (element 2.8) dla branży elektrycznej jest rażąco niska, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty odwołującego,

4. art. 92 ust. 1 in fine pzp w zw. z art. 90 ust. 1, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji w zakresie przyjęcia „istotności" pozycji 86 d 2.8 („istotna część składowa oferty"), mimo że jest to ustawowa przesłanka badania ww. pozycji pod kątem rażąco niskiej ceny, a jej założenie stało się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego,

5. a w konsekwencji - art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, odrzuceniem oferty odwołującego pod zarzutem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,

2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że 18.09.2019 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty, w uzasadnieniu powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i oświadczając, że „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Dowód: Powiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 18.09.2019 r.

Podał także, że wcześniej zamawiający wezwał go do wyjaśnień, stwierdzając podejrzenie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ jedna z pozycji kosztorysowych (poz. 86, element 2.8 dla branży elektrycznej) jest rażąco niska. Wskazał, że wedle zamawiającego pozycja ta jest „istotną częścią oferty i ma wpływ na wysokość ceny oferty" - wezwał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pozycji nr 86.

Wskazał nadto, że zdaniem zamawiającego średnie ceny urządzeń aktywnych określonych przez zamawiającego w załączniku do odpowiedzi zestaw nr 9 kształtują się na poziomie 99 240 zł, tj. są ok. 10 razy wyższe od zaoferowanej ceny pozycji nr 86, co nasuwa jego wątpliwości czy zaoferował „urządzenia o wymaganych parametrach".

Uzupełnił, że wyjaśnienia odwołującego zamawiający uznał za ogólnikowe i lakoniczne, a wręcz potwierdzające że oferta zawiera rażąco niską cenę w poz. 86.
Dowody: Wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny oferty w kosztorysie ofertowym branży elektrycznej w poz. 86 d.28 (element 2.8) - dostawy urządzeń aktywnych, oferta odwołującego z 06.09.2019 r. oraz Odpowiedź odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny z 11.09.2019 r.

Odwołujący nie zgodził się z oceną jego oferty oraz wyjaśnień w zakresie ceny oferty przez zamawiającego. Stwierdził, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, można jedynie mówić o niskiej cenie jednej pozycji kosztorysowej (montaż szaf dystrybucyjnych 19" stojących), która nie stanowi istotnej części składowej ceny całej oferty. Wyjaśnił, że stanowi ona poniżej 6% tej ceny, i to przy założeniu, że cena tej pozycji wskazana przez zamawiającego jest ceną rynkową, oraz przy dodatkowym założeniu, że zamawiający faktycznie opisał przedmiot tej pozycji tak jak w postępowaniu do którego się w decyzji odwołuje (nr KA-2/061/2019 - zadanie 2), które to założenia w opinii odwołującego są jednak nieuprawnione.

Uzupełnił, że nieuprawnione jest również założenie, że cena rynkowa ww. urządzeń to kwota 99 240 zł poczynione jedynie w oparciu o średnią arytmetyczną z dwóch innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Stanął na stanowisku, że na podstawie treści ofert tych dwóch wykonawców, którzy wycenili drożej pozycję 86, nie sposób ustalić co dokładnie wyceniono, jakie dokładnie urządzenia, jaka marża jest doliczona. Zdaniem odwołującego czynienie z tych nieostrych danych, przy braku porównywalności ofert ze względu na niepełny opis przedmiotu zamówienia (brak zestawienia materiałowego do pozycji 86 przedmiaru), podstawy do ustalenia poziomu ceny rażąco niskiej tej pozycji jest wysoce nieuprawnione.

Zauważył, że zamawiający w innym postępowaniu (dotyczącym stricte „dostaw urządzeń aktywnych dla sieci strukturalnej", znak sprawy: KA-2/061/2019, na które to postępowanie zamawiający powołuje się w decyzji o odrzuceniu oferty) zamawiał, jak twierdzi, „podobne" urządzenia do opisanych w załączniku odpowiedzi do SIWZ zestaw 9 ad 5) niniejszego postępowania, jednak podniósł, że zasadnicza różnicę w tych postępowaniach tzn. opis ww. urządzeń „podobnych" był zupełnie inny, tj. przez dodanie zestawienia materiałowego do ogólnego opisu urządzeń aktywnych, był precyzyjny, dający możliwość wyceny urządzeń zgodnie z założeniami zamawiającego, jasno sprecyzowanymi w opisie tamtego zamówienia.

Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający z niewiadomych względów zakładał otrzymanie „podobnych urządzeń", jak w postępowaniu, do którego się odwołuje dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty, mimo, że nie opisał tych urządzeń w niniejszym postępowaniu nawet w połowie tak precyzyjnie jak w ww. innym postępowaniu.

Podniósł, że na pytanie do treści SIWZ w trybie art. 38 ustawy Pzp o zestawienie materiałowe tej pozycji przedmiarowej, zamawiający nie odesłał wykonawców do szczegółowej dokumentacji tamtego postępowania, nie załączył zestawienia materiałowego, nie zaktualizował przedmiaru, dodając brakującą pozycję, jak to robił w innych przypadkach braków przedmiarowych, (mimo, że to „istotna część składowa oferty"), a jedynie załączył plik dokumentów, bez zestawienia materiałowego, z których domyślać się trzeba było różnych wariantów żądanych parametrów ww. „urządzeń podobnych", a nawet czy sama dostawa urządzeń aktywnych jest tam zawarta.

Dowody: Załącznik do odpowiedzi zamawiającego z 08.08.2019 r. - Zestawienie ilościowe urządzeń aktywnych sieci LAN ze strony nr 9 z załącznika do odpowiedzi z 08.08.2019 r., Dokumentacja „urządzeń podobnych" z innego postępowania (KA-2/061/2019) - przedmiar: Okablowanie strukturalne W-1_przedmiar TT_DOSTAWY".

Dodatkowo wskazał, że zamawiający określił tam także zakres dostawy urządzeń aktywnych w osobnym przedmiarze tj. Okablowanie strukturalne W-1_przedmiar TT_DOSTAWY, w którym każde z urządzeń wymienione było z nazwy; zamawiający bardzo szczegółowo określił również zakres montażu i wyposażenia części pasywnej szafy dystrybucyjnej, dla której w przedmiarze branży teletechnicznej Okablowanie strukturalne W-1_przedmiar TT_bA na stronach 6-9 przeznaczono aż 43 pozycje kosztorysowe.

Tak prowadzone postępowanie przetargowe w zakresie opisu żądanych urządzeń było precyzyjne i nie prowadziło do omyłek. Odwołujący jednak nie brał w nim udziału i nie miał obowiązku zapoznawać się z tą dokumentacją, ponieważ miał prawo oczekiwać, że zamawiający opisze precyzyjnie przedmiot zamówienia w aktualnym postępowaniu.

Zauważył, że cena w ww. innym postępowaniu była wyceniana na 1 278 693,97 zł brutto (cena wg firmy Elbrus) z czego wartość dostawy urządzeń aktywnych wyniosła 560 000 zł brutto, a zatem stanowiła 43,8 % wartości całego zamówienia - przy takich proporcjach podziału na urządzenia aktywne i pozostałe roboty, wartość dostawy urządzeń aktywnych mogłaby mieć istotny wpływ na realizację zamówienia i mogłaby być uznana za istotną część.

Dowód: Oferta firmy ELBRUS (str. 1 i 17) z innego postępowania (KA-2/061/2019).

Podkreślił, że w postępowaniu przetargowym, do którego odnosi się odwołanie roboty związane z dostawą urządzeń aktywnych stanowią zaledwie niewielki ułamek całości, przy przyjętym (w cenach zamawiającego) niedoszacowaniu na poziomie 5,75 % całości robót. Stwierdził, że nie jest to rażąco niska cena, a całość zmówienia realizowana będzie z zyskiem.

Oświadczył, że nieprecyzyjnie opisana przez zamawiającego pozycja 86 determinuje taką, a nie inną kalkulację szczegółową.

Podał, że 08.08.2019 r. zamawiający opublikował Odpowiedzi na zapytania w sprawie SIWZ, gdzie w zestawie nr 9 odpowiedzi Ad5) poinformował o udostępnieniu uzupełnionego rysunku przedstawiającego widok szafy oraz uzupełnionego opisu instalacji okablowania strukturalnego, gdzie na stronie nr 9 znajduje się zestawienie ilościowe urządzeń aktywnych, w ocenie odwołującego - daleko nieprecyzyjne i lakoniczne. Ocenił, że brak po stronie zamawiającego należytej staranności wykazanej w postępowaniu, na które powołuje się zamawiający przy ocenie dowodu nr 3, złożonego przez odwołującego.

Podkreślił, że wykazał należytą staranność przy sporządzaniu dowodu nr 3, a błędy w przedmiarze zamawiającego nie mogą być wykorzystywane na jego niekorzyść. Uznał, że przedmiar zamawiającego w zakresie urządzeń aktywnych jest ogólnikowy, lakoniczny i nieprecyzyjny, zwłaszcza uwzględniając konieczność kosztorysowego rozliczeniu zamówienia oraz złożenia kosztorysów ofertowych, o czym mowa w pkt 15.7 SIWZ. Wskazał, że pomimo to sporządził wymagane przez zamawiającego na etapie wyjaśnień wyliczenie ceny lub kosztu poszczególnych elementów urządzeń aktywnych.

Stwierdził, że pozycja 86 jest nieistotną częścią ceny całości zamówienia i nie ma znaczenia dla realizacji całości zamówienia.

Dowody: SIWZ (str. 1- 3) z innego postępowania (KA-2/061/2019), Przedmiar (str. 6-9) Okablowanie strukturalne W-1przedmiar TT_bA z innego postępowania (KA-2/061/2019), kosztorys branży elektrycznej (str. 8), SIWZ (str. 25) dla zamówienia pn.: przebudowa budynków dydaktycznych z wymianą ścian osłonowych, ociepleniem stropodachów i ścian oraz przebudową i budową instalacji wewnętrznych w budynkach ZC-J (17-51) i CZ-K (17-45), Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej w ramach zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Wydziału Mechanicznego, Laboratoria J i K, Al. Jana Pawła II37, Kraków", SIWZ (str. 27-28) dla zamówienia pn.: Przebudowa budynków dydaktycznych z wymianą ścian osłonowych, ociepleniem stropodachów i ścian oraz przebudową i budową instalacji wewnętrznych w budynkach ZC-J (17-51) i CZ-K (17-45), Wydział Mechaniczny Politechniki Krakowskiej, w ramach zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja budynków Wydziału Mechanicznego, Laboratoria J i K, Al. Jana PawłaII37, Kraków".

Zdaniem odwołującego zamawiający oczekiwał, że uzyska urządzenia podobne do tych z innego postępowania, mimo że nie opisał ich w taki sposób w jak tamtym postępowaniu, aby móc oczekiwać wyceny na poziomie ceny 99 240 zł za komplet, a następnie bezpodstawnie uznał tę cenę za średnią cenę rynkową urządzeń aktywnych z aktualnego postępowania, a z kolej z tego założenia wyciąga nieuprawniony wniosek, że cena pozycji kosztorysowej w ofercie odwołującego jest ok. 10 razy niższa od ceny rynkowej, co następnie nasuwa jego wątpliwości, czy odwołujący zaoferował urządzenia o „wymaganych parametrach".

Podkreślił, że taka sekwencja błędnych założeń zamawiającego doprowadziła do uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Wskazał, że w przedmiarze aktualnego postępowania zamawiający umieścił jedną pozycję (nr 86) z opisem „Montaż szaf dystrybucyjnych 19" stojących ", co sugerowało wykonawcom wycenę samego montażu, a następnie po wyraźnym pytaniu wykonawcy, czy pozycja zawiera również dostawę ww. urządzeń, zamawiający - zamiast odpowiedzieć wprost, że zawiera dostawę oraz dołączyć zestawienie materiałowe do tej pozycji, w tym opisać wyczerpująco parametry tych urządzeń, jak to uczynił w przypadku innego postępowania (postępowanie dedykowane stricte urządzeniom technicznym, w którym przedmiot zamówienia został wyczerpująco opisany) - dał wymijającą odpowiedź.

Podał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Podniósł, ze w przypadku pozycji przedmiarowej nr 86 zamawiający tak nie postąpił, mimo, że miał taką możliwość, chociażby posiłkując się gotową dokumentacją techniczną z innego postępowania, na które obecnie się powołuje jako źródło cen rynkowych takich urządzeń. Uzupełnił, że zdawkowo potraktowaną pozycję 86 zamawiający następnie nieprecyzyjnie uzupełnił w odpowiedzi na pytania wykonawców, twierdząc obecnie, ż jest istotną „częścią składową oferty", której niedoszacowanie skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w decyzji o odrzuceniu jego oferty z 18.09.2019 r., „istotność" kwestionowanej pozycji kosztorysowej stwierdził bez żadnego wyjaśnienia, założył autorytatywnie, że ta jedna pozycja kosztorysowa jest „istotną częścią składową oferty", nie uzasadniając tego w żaden sposób, tak aby odwołujący mógł się odnieść do treści ww. decyzji pomimo treści art. 92 ust. 1 in fine nakazującemu zamawiającemu, aby informując wykonawcę, którego oferta została odrzucona o powodach odrzucenia oferty, podał uzasadnienie faktyczne i prawne tej decyzji.

Podkreślił, że w wezwaniu z 06.09.2019 r. do wyjaśnienia odnośnie do ceny rażąco niskiej, zamawiający stwierdził, że „poz. 86 branży elektrycznej jest istotną częścią składową ceny oferty a niedoszacowanie tej pozycji ma znaczenie dla realizacji całości zamówienia gdyż dotyczy dostawy urządzeń aktywnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia a dodatkowo ma istotny wpływ na wysokość ceny oferty za całość zamówienia" wobec czego odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wskazał, że o tym, czy dana pozycja kosztorysowa jest istotna, czy nie, winno decydować to, czy odnosi się do kosztu lub ceny, a nie faktu, że jest to urządzenie niezbędne do wykonania zadania. Dodał, że istotność ze względu na wpływ na cenę została zaś nietrafnie odniesiona do innych urządzeń, z innego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że pozycja 86 (element d.2.8). branży elektrycznej kosztorysu ofertowego nie jest „istotną częścią zamówienia z punktu widzenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp", uzasadniając że gdyby nawet przyjąć, że rynkowe ceny urządzeń aktywnych wynoszą, jak twierdzi zamawiający 99 240 zł/kpl. netto, czyli 122 065,20 zł/kpl. brutto, to „ewentualna wartość niedoszacowania wartości całej oferty", przy podstawieniu wartości ceny urządzeń z kosztorysu ofertowego wykonawcy, tj. 11 691,19 zł/kpl. brutto, wynosi:

5,75%.

Wskazał, że rentowność kontraktu zakładana była na poziomie 16%. Wyjaśnił, że pod pojęciem rentowności odwołujący rozumie pokrycie kosztów budowy, kosztów zarządu oraz zysk. Oświadczył, że podział powyższych w niniejszym postępowaniu wynosi odpowiednio: 4%, 4%, 8%.

Wywodził, że odejmując od przyjętej rentowności kontraktu „ewentualną wartość niedoszacowania wartości całej oferty", uzyskuje nadal rentowność kontraktu przy założeniu ceny urządzeń aktywnych podanej przez zamawiającego, która wynosi: 16%-5,75%= 10,25%,

Uznał na powyższej podstawie, że kontrakt w dalszym ciągu jest dla niego opłacalny, gdyż pokryje koszty budowy, koszty zarządu oraz wygeneruje zysk dla firmy. Oświadczył, że wartość całego kontraktu skalkulowana została powyżej kosztu własnego wytworzenia, a zatem przesłanka z powodu jw. nie znajduje potwierdzenia.

Wskazał, że na dowód przedstawił w wyjaśnieniach z 11.09.2019 r. wyliczenie rentowności, cena oferty - koszt wytworzenia poszczególnych pozycji kosztorysowych przy założeniu niedoszacowania pozycji 86 (element d.2.8). Uzupełnił, że przedstawił tabelarycznie ceny rynkowe asortymentów robót oraz pozycji kosztorysowych oraz wartości tych elementów w kosztorysie ofertowym złożonym przez wykonawcę, z których wynika wyżej założona rentowność.

Podkreślił, że w decyzji o odrzuceniu jego oferty, wbrew treści art. 92 ust. 1 in fine w zw. żart. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie przytoczył już jednak żadnego uzasadnienia dla przyjęcia „istotności" pozycji nr 86 w kontekście zarzucanej rażąco niskiej ceny oferty.

Wskazał, że o tym, że w niniejszym postępowaniu pozycja 86 element 2.8 została nieprawidłowo, zdawkowo opisana, bez zestawienia materiałowego świadczą nie tylko fakty, na które wskazano powyżej, ale również to, że jeden z wykonawców ubiegających się o ww. zamówienie (Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU sp. z o.o.), nie wycenił w ogóle urządzeń aktywnych w pozycji kosztorysowej nr 86, ponieważ jak w wyjaśnieniach stwierdził, zamawiający nie wskazał jednoznacznie w treści odpowiedzi, że w zakresie oferty należy dostarczyć urządzenia aktywne.

Dowód: Odpowiedź POLBAU z 29.08.2019 r. na wezwanie do wyjaśnień.

Odwołujący, odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że wyjaśnienia odwołującego są „ogólnikowe, lakoniczne, a wręcz potwierdzające wątpliwości że oferta zawiera rażąco niską cenę w poz. 86." Stanął na stanowisku, że ocena ta jest niewłaściwa - wg wyliczeń odwołującego, przedstawionych w wyjaśnieniach, kontrakt objęty postępowaniem przetargowym jest rentowny (przynosi zysk), a zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyliczeń przedstawionych w Dowodzie nr 1, tj. Wyliczeniu rentowności zadania.

Zauważył, że zamawiający nie zakwestionował jego wyliczeń, nie odniósł się do zysku przedstawionego w poszczególnych pozycjach wyliczenia. Wyjaśnił, że wyliczenie zostało przedstawione w układzie tabelarycznym, gdzie: w kolumnie pierwszej znajduje się numer pozycji, w kolumnie drugiej opis roboty do wykonania, zaczerpnięty z kosztorysu ofertowego, w kolumnie trzeciej jednostka miary danej roboty, w kolumnie czwartej ilość jednostek do wykonania, w kolumnie piątej cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego (powyżej kosztu własnego wytworzenia z zapreliminowanym zyskiem na poziomie 16%), w kolumnie szóstej wartość pozycji netto, czyli iloczyn kolumny czwartej i kolumny piątej, w kolumnie siódmej cena jednostkowa preliminarza przewidywana do osiągnięcia, bądź z ofert i cenników, w kolumnie ósmej wartość zapreliminowana do osiągnięcia, czyli iloczyn kolumny czwartej i siódmej oraz kolumna dziewiąta stanowiąca różnicę wierszy sześć i osiem, czyli zysk.

Uzupełnił, że wyliczenie przeprowadzono dla wszystkich pozycji kosztorysowych we wszystkich branżach, a wynik wyliczenia w postaci zagregowanej przedstawiono w tabeli zestawienie wartości. Wyjaśnił, że w przywołanym zestawieniu (str. 4) ujęto: w kolumnie pierwszej liczbę porządkową, w kolumnie drugiej Nazwę Roboty budowlane wg branż, w kolumnie trzeciej wartość netto oferty dla danej branży z podsumy pozycji kosztorysowych, w kolumnie czwartej wartość rynkową, sumę pozycji dla danej branży z wyliczenia szczegółowego jako koszt wytworzenia, w kolumnie piątej różnicę między kolumną trzecią i czwartą, tj. preliminowany zysk.

Podniósł, że zamawiający nie kwestionował także tych wyliczeń i się do niech nie odniósł, stwierdzając jedynie, że są lakoniczne i ogólnikowe (111 stron wyliczeń, 1745 pozycji kosztorysowych).

Oświadczył, że zestawienie zawiera dodatkowe wyliczenie, tj. wyliczenie zyskowności kontraktu, przy założeniu, że koszt urządzeń aktywnych będzie wynosił tyle, ile wskazuje zamawiający - kwota zysku wyniesie wtedy 1 579 245,41 zł.

Ocenił, że są to wyliczenia na tyle ważne, że decydują o tym, czy wątpliwa pozycja kosztorysowa ma istotne znaczenie dla realizacji zamówienia, czy też nie - z wyliczeń wynika, że nie może być mowy o rażąco niskiej cenie oferty.

W ocenie odwołującego informacje podane zamawiającemu były konkretne i bardzo szczegółowe, odnosiły się do wszystkich pozycji kosztorysowych i nie pominęły kwestionowanej przez zamawiającego pozycji kosztorysowej 86.

Odwołujący stanął nadto na stanowisku, że zamawiający nietrafnie twierdzi, że po doliczeniu wartości rynkowej urządzeń aktywnych do ceny ofertowej odwołującego, mogłoby okazać się, że oferta ta w rankingu byłaby na dalszej pozycji i nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Podniósł, że zamawiający w tym przypadku niewłaściwie ocenił, a w zasadzie zignorował dowód dołączony do wyjaśnień odwołującego, przedstawiający ranking wykonawców przy uwzględnieniu ceny urządzeń aktywnych proponowanych przez zamawiającego - w dalszym ciągu, po doliczeniu do ceny oferty odwołującego sugerowanej przez zamawiającego wartości urządzeń aktywnych, najkorzystniejszą ofertę pozostaje oferta odwołującego.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, że ceny przyjętych w ofercie odwołującego urządzeń aktywnych są rynkowo zaniżone, gdzie zamawiający przywołał postępowanie przetargowe na dostawę urządzeń aktywnych dla nowej sieci strukturalnej pomieszczeń administracji centralnej PK w budynku W-l (KA-2/061/2019- zadanie 2), odwołujący podniósł, że po pierwsze, nie uczestniczył w tym postępowaniu, a po drugie nie można porównywać tych urządzeń ze względu chociażby na inny opis przedmiotu zamówienia (szczegółowy i precyzyjny).

Odwołujący stwierdził, że oczekiwanie przez zamawiającego, aby każdy pojedynczy element składowy ceny oferty wykazywał określony zysk lub brak straty po stronie odwołującego, stanowi niedopuszczalną ingerencję zamawiającego w prawo wykonawcy do przyjęcia własnej strategii budowy ceny, która nadal wykazuje zysk dla tego kontraktu.

Podkreślił, że pozycja 86 nie zawiera elementów, których ilość na etapie wykonania mogłaby się zwiększyć i przez to zagrozić istotnym wzrostem kosztu wykonania robót objętych tą pozycją wobec czego i w tym kontekście nie jest istotną częścią zamówienia.

Powołał się na doktrynę i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że za cenę rażąco niską uznaje się taką cenę, która nie pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia, nie pokrywając kosztów jego realizacji. Za cenę rażąco niską nie może być uznana taka cena, która pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia i zawiera minimalny choćby zysk (sygn. akt: KIO 1873/18) - „Czynność zamawiającego okazała się nieprawidłowa już wyłącznie z tego powodu, że - jak wyjaśniono wcześniej - cena oferty gwarantująca wykonawcy zysk na danym kontrakcie, nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający przyznał wyraźnie i jednoznacznie, że wykonawca na zamówieniu osiągnie zysk. Wobec powyższego czynność odrzucenia należało uznać za wadliwą, niezależnie od popełnienia bądź niepopełnienia błędów w kalkulacji, które zdaniem zamawiającego miały

obniżać zysk wykonawcy z kwoty 0,62 zł do 0,30 zł za rbg. ”

Podkreślił, że zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii zysku, wykazanego w wyjaśnieniach odwołującego dla tego kontraktu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 30 września 2019 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 23 września 2019 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 1 października 2019 r., Pisma przystępującego z dnia 4 października 2019 r. wraz z załącznikami, materiałów złożonych przez odwołującego na rozprawie („Wycena Dombud dla Politechnika Krakowska”, str. 22 oferty przystępującego, „Wyliczenie wartości poszczególnych elementów urządzeń aktywnych”), a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił

i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w całości i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę - z wyjątkiem zarzutów z pkt. 2 i 4 ze str. 2 odwołania, jak niżej.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że oferta zawiera rażąco niska cenę w pozycji 86 dla branży elektrycznej kosztorysu ofertowego, pomimo, że treść pozycji 86 przedmiaru przygotowanego przez zamawiającego oraz wyjaśnienia zamawiającego do tej pozycji nie dawały podstaw do takiej oceny, a to ze względu na niejednoznaczny i niewyczerpujący opis pozycji 86, tj. szaf dystrybucyjnych 19" stojących, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie został skierowany przez skład orzekający Izby do rozpoznania na rozprawie, ponieważ zarzut sprowadza się do kwestionowania prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w pozycji 86 (co w dalszej kolejności miało odwołującemu posłużyć do kwestionowania decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską) i z tego względu jest zarzutem spóźnionym.

Przypomnieć bowiem należy, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (tzw. postępowanie podprogowe) wniesienie odwołania wobec opisu przedmiotu zamówienia było dopuszczalne w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ (art. 180 ust. 2 pkt 5 oraz art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), co nastąpiło 25 lipca 2019 r. (pkt 6 i 7 Protokołu).

Termin na złożenie odwołania upłynął zatem 30 lipca 2019 r.

Zarzut dotyczący braku uzasadnienia faktycznego decyzji w zakresie przyjęcia „istotności" pozycji 86 pomimo, że jest to ustawowa przesłanka badania ww. pozycji pod kątem rażąco niskiej ceny, a jej założenie stało się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 in fine w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie został skierowany przez skład orzekający Izby do rozpoznania na rozprawie, ponieważ czynność wadliwego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy nie została objęta art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zawierającym zamknięty katalog czynności wobec których, w tzw. postępowaniach podprogowych, mogą być wnoszone odwołania.

Uzupełniająco wskazać należy, że odwołujący wniósł - skutecznie - odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Potwierdzenie się nieprawidłowego dokonania przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty odwołującego - bezpodstawne jej odrzucenie oznaczałoby, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia - oferta odwołującego została sklasyfikowana na I miejscu.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędnej wykładni przepisów i mylnego przyjęcia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia przez jeden składnik ceny, jakim jest koszt wykonania robót z pozycji 86 stanowiący istotną część składową ceny oferty, a cena pozycji 86 dla branży elektrycznej

jest rażąco niska, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 związku z art 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 1, 3 i 5 ze str. 2 odwołania) potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia w wysokości 18 408 737, 39 zł (netto), tj. 22 642 746,99 zł brutto - z zastosowaniem właściwej w tym przypadku stawki podatku VAT 23% [pkt 2 ppkt 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-PN (dalej „Protokół)].

Taką też kwotę (równą wartości brutto) zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (pkt 11 ppkt 2 Protokołu).

Obowiązkiem wykonawców było złożenie „kosztorysu ofertowego z podstawami nakładów, ilościami i cenami jednostkowymi robót oraz zestawienia (R,M,S) z podaniem ich cen jednostkowych (pkt 15 ppkt 15.7. SIWZ).

Kosztorysy obejmowały (oferta odwołującego): Roboty budowlane (328 pozycji), Instalacje elektryczne (130 pozycji), Węzeł cieplny - elektryka (5 pozycji), Instalacje C.O. i CT (273 pozycje), Instalacje WOD- KAN (316 pozycji), Instalacje hydrantowe (24 pozycje), Instalację solarną (92 pozycje), Klimatyzację (142 pozycje), Przyłącza kanalizacji sanitarnej (153 pozycje), Instalację wentylacji (434 pozycje), Instalację oddymiania (55 pozycji), Węzeł cieplny (67 pozycji) - łącznie 2019 pozycji.

Pozycja 86 to pozycja z kosztorysu dotyczącego instalacji elektrycznych - montaż szaf dystrybucyjnych 19” stojących, 11 kompletów, którą odwołujący wycenił na 9 505,03 zł za komplet, łącznie 104 555,33 zł (netto).

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę i okres rękojmi na roboty budowlane, przypisując im znaczenie odpowiednio 60 i 40% (pkt 18 ppkt 18.1. SIWZ).

Zawarł także w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ postanowienie: „Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe” (§ 4 ust. 2).

Oferty, zgodnie z pkt 12 ppkt 1 Protokołu, złożyło 4 wykonawców z następującymi cenami brutto:

1. 23 933 206,69 zł,
2. 21 107 837,02 zł (cena po poprawieniu omyłki) - cena ofertowa odwołującego,
3. 21 375 645,34 zł - oferta odrzucona ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,
4. 24 945 000,00 zł.

Wszyscy wykonawca zaoferowali ten sam okres rękojmi (7 lat).

Pismem z dnia 6 września 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, ponieważ

„Zaoferowana cena poz. 86 (element 2.8) dla branże elektrycznej wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami”, wskazując także, iż „Poz.86 branży elektrycznej kosztorysu ofertowego jest istotną częścią składową ceny oferty a niedoszacowanie tej pozycji ma znaczenie dla realizacji całości zamówienia gdyż dotyczy dostawy urządzeń aktywnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia a dodatkowo ma istotny wpływ na wysokość ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia”.

Stwierdził nadto, że średnie ceny rynkowe urządzeń aktywnych kształtują się na poziomie 99 240 00,00 zł za komplet, wobec czego cena podana przez odwołującego w tym zakresie jest nierealna.

Pismem z dnia 11 września 2019 r. odwołujący udzielił wyjaśnień, wskazując, że:

- pozycja 86 kosztorysu ofertowego nie jest istotną częścią zamówienia,
- przyjmując ceny urządzeń w wysokości 99 240 zł netto/kpl, ewentualna wartość niedoszacowania ceny oferty wynosi 5,75%, zaś rentowność kontraktu wyniosłaby nie 16% jak zakładał, ale 10,25%; wartość całego kontraktu skalkulowana jest powyżej kosztu własnego wytworzenia,
- „przesłanka o tym, czy dana pozycja kosztorysowa jest istotna czy nie, winna odnosić się do kosztu lub ceny, a nie faktu, że są to urządzenia aktywne, niezbędne do wykonania całości zamówienia", o czym stanowi literalne brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- „argument Zamawiającego, że dostawa urządzeń aktywnych ma wpływ na wysokość ceny oferty ze względu na całość zamówienia jest nietrafny" - wartość oferty odwołującego, „po podniesieniu o „hipotetyczną" wartość urządzeń aktywnych (...) nie powoduje zmiany rankingu ofert".

Załączył:

- dowód 1 - „wyliczenie rentowności zadania",
- dowód 2 - „ranking wykonawców (z uwzględnieniem „hipotetycznej" wartości urządzeń aktywnych),
- dowód 3 - „wyliczenie wartości poszczególnych elementów urządzeń aktywnych",

zastrzegając, że „przedstawiona wycena została sporządzona bez ofert z rynku, na podstawie wydawnictw SEKOCENBUD i cenników w Internecie".

Pismem z dnia 18 września 2019 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, uzasadniając swoją czynność, iż po analizie wyjaśnień odwołującego, stwierdził, że

- „przedstawione wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wręcz potwierdzające wątpliwości, że oferta zawiera rażąco niską cenę w poz. 86 (element 2.8.) dla branży elektrycznej kosztorysu ofertowego",
- wskazana pozycja jest istotną częścią składową,
- „doliczając wartość rynkową urządzeń aktywnych do ceny ofertowej Wykonawcy mogłoby okazać się, że oferta ta w rankingu ofert byłaby na dalszej pozycji i nie byłaby ofertą najkorzystniejszą",
- „Wg dowodu nr 3 (...) wykazane zostały ceny jednostkowe przyjętych w ofercie urządzeń aktywnych dla szaf dystrybucyjnych. Ceny te są rynkowo zaniżone w granicach 10x w stosunku do wartości podobnych urządzeń o parametrach opisanych w (.). Jako przykład odniesienia można powołać podobne postępowanie (.) w budynku W-1 (KA-2/061/2019)",
- „Wg dowodu nr 2 (.) wskazana została „hipotetyczna" kwota oferty uwzględniająca urządzenia aktywne wg wymagań Zamawiającego. Zatem domniemać należy, że albo firma DOM-BUD nie ujęła dostaw przedmiotowych urządzeń (.) lub ujęła dostawy

takich urządzeń, które nie spełnią wymagań (...)".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Pozycja 86 to jedna z ponad 2000 tysięcy pozycji, jakie obejmował kosztorys ofertowy odwołującego (podobnie jak i innych wykonawców, uczestników przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Abstrahując nawet od tego, czy pozycja 86 to jedynie „elelment" ceny ofertowej, czy aż „część składowa" ceny ofertowej, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że o ile pozycja 86 branży elektrycznej kosztorysu ofertowego musiała być ujęta w cenie oferty i ma znaczenie dla realizacji zamówienia gdyż dotyczy dostawy urządzeń aktywnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, o tyle nie podzielił zapatrywania zamawiającego i przystępującego, iż jest to istotna część ceny oferty, część, która ma istotny wpływ na wysokość ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (.)".

Podkreślić należy literalną wykładnię przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika, iż po pierwsze, chodzi nie o jakąkolwiek część składową, ale część istotną, po wtóre, iż chodzi o istotną część składową ceny, nie zaś istotną część składową zamówienia, choć - jak zauważa doktryna, w praktyce - istotna część ceny będzie stanowić cenę za istotną część/ składnik zamówienia.

Innymi słowy, ustawodawca nie widzi zagrożenia dla możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami zamawiającego w sytuacji, gdy jakakolwiek część składowa ceny wydaje się rażąco niska, ale „jedynie" w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska.

W ocenie składu orzekającego Izby choć wyjaśnienia odwołującego z dnia 18 września 2019 r. [„(...) przedstawiona cena została sporządzona bez ofert z rynku, na podstawie wydawnictw SEKOCENBUD i cenników dostępnych w Internecie" wobec czego „może zaistnieć różnica w wartości pozycji"], a także oświadczenia składane przez odwołującego na rozprawie („Oświadcza, że składając ofertę i wyjaśnienia nie dysponował konkretnymi dowodami, które mógłby przedstawić Zamawiającemu. Odwołujący oświadcza, że liczy się z tym, iż po pozyskaniu konkretnych ofert na elementy składające się na pozycję 86 wycena tej pozycji może okazać się niewystarczająca. Nie ma także pewności, iż będzie w stanie „dołożyć" środki z rezerwy, którą założył w cenie ofertowej." - str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy) nasuwają wniosek, iż odwołujący nie dołożył najwyższej staranności przy wycenie pozycji 86, to jednak bezsprzecznie odwołujący założył rentowność na poziomie (16%), dającym mu dużą rezerwę (np. w przypadku przystępującego założono 10%) w skali ceny ofertowej odnoszącej się do całego przedmiotu zamówienia, w tym pozycji 86.

Niezależnie od tego, jaką cenę dla wymaganych 11 kpl. urządzeń aktywnych przyjąć jako rynkową (z wyceny Trecom, Extreme, z oferty przystępującego - 95 312,20 zł/kpl netto, czy z wezwania zamawiającego z dnia 6 września 2019 r. - 99 240,00 zł/kpl netto,) stwierdzić należy, że cena ta (pomniejszona o wartość pozycji 86 odwołującego - 9 505,03 zł/kpl netto), powiększona o stawkę podatku VAT w wysokości 23% nie przekracza 5,35% wartości przedmiotu zamówienia (22 642 746,99 zł brutto) i 5,75% ceny ofertowej odwołującego.

Wielkości poniżej 6% nie są, w ocenie składu orzekającego Izby, na tyle duże, aby przypisać cenie części składowej wycenionej o taką wielkość procentową in minus charakter istotny, o czym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a co jest szczególnie widoczne przy odwołaniu się do różnicy (co najmniej 30%) z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, której wystąpienie uzasadnia obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej, tym bardziej przy założonej przez odwołującego, a niekwestionowanej przez zamawiającego (zamawiający wyliczeń odwołującego w szczególności z wyjaśnień nie kwestionował) rentowności (16%).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czyni to w celu rozwianie tych wątpliwości. Zamawiający, decydując się na eliminację wykonawcy

z udziału w postępowaniu, poprzez odrzucenie jego oferty przekreśla szansę wykonawcy na uzyskanie zamówienia, jest to więc decyzja kluczowa o daleko idących skutkach, wobec czego zamawiający musi uzyskać pewność, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Tymczasem zamawiający, zawiadamiając o odrzuceniu oferty odwołującego uzasadniał, że stwierdził, iż wyjaśnienia te potwierdzają jego wątpliwości, a także pozostał przy domniemaniu - „Wg dowodu nr 2 (.) wskazana została „hipotetyczna" kwota oferty uwzględniająca urządzenia aktywne wg wymagań Zamawiającego. Zatem domniemać

należy, że albo firma DOM-BUD nie ujęła dostaw przedmiotowych urządzeń (...) lub ujęła dostawy takich urządzeń, które nie spełnią wymagań (...)".

Wątpliwości zamawiającego nie miały zostać potwierdzone, ale rozwiane.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do argumentu przystępującego z rozprawy, iż zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowa, a korzystając z uprawnienia z § 18 ust. 2 pkt 4 projektu umowy może zrezygnować z realizacji części zamówienia zauważa, że tego rodzaju zmiany mogą zostać dokonane wyłącznie w uzgodnieniu z wykonawcą, co wprost wskazano w tym punkcie. Nadto całkowicie nieracjonalnym, znoszącym cel udzielenia zamówienia publicznego jest założenie, że mogłoby dojść do ograniczenia realizacji zamówienia niemalże do montażu szaf z pozycji 86.

Odnosząc się do pisemnego stanowiska przystępującego, iż „całość argumentacji dotyczącej niemożliwości zakwalifikowania ww. pozycji jako „istotnej" części składowej należy uznać jako spóźnione" (str. 4, drugi akapit), skład orzekający Izby wskazuje, że 6 września 2019 r. zamawiający podjął czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ramach której zaprezentował swoją ocenę co do „istotności" pozycji 86: „Poz. 86 branże elektrycznej jest istotną częścią składową ceny oferty, a niedoszacowanie tej pozycji ma znaczenie dla realizacji całości zamówienia gdyż dotyczy dostawy urządzeń aktywnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia a dodatkowo ma istotny wpływ na wysokość ceny oferty za całość zamówienia. "

W ocenie składu orzekającego Izby nie można jednak w tym przypadku mówić o jakiejś odrębnej od czynności wezwania czynności, polegającej na kwalifikacji „istotności" pozycji 86, ale jedynie o prezentacji stanowiska zamawiającego.

Skład orzekający Izby pominął argumentację przystępującego zawartą w jego stanowisku pisemnym (część IV), a dotyczącą tego, że odwołujący nie przedłożył do swoich wyjaśnień jakichkolwiek dowodów, ponieważ nie było to podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający, co wynika z przywołania i odniesienia się do złożonych przez odwołującego dowodów, dowody odwołującego ocenił, a ich „niedostatku" nie stwierdził.

Skład orzekający Izby pominął także argumentację przystępującego zawartą w jego stanowisku pisemnym (część V), a dotyczącą sprzeczności pomiędzy ofertą odwołującego a jego wyjaśnieniami, ponieważ taka okoliczność nie została dostrzeżona (zakładając w ogóle, że występuje) przez zamawiającego i nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty

odwołującego.

Skład orzekający Izby pominął nadto argumentację przystępującego zawartą w jego stanowisku pisemnym (część VI), a dotyczącą „szeregu nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, które zostały wskazane w zawiadomieniu skierowanym do Zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp", ponieważ nie stanowiły one podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe, wobec potwierdzenia się skierowanych do rozpoznania na rozprawie zarzutów, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....