

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:
Protokolant:

Monika Kawa-Ogorzałek
Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę

MW Technic Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. 24 Kwietnia 5, 47-200 Kędzierzyn – Koźle**.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 301,16 (słownie: jedenaście tysięcy trzysta jeden złotych szesnaście groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów poniesionych z tytułu dojazdu na rozprawę;

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz MW Technic Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach kwoty 2 500 zł (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty w uiszczonym wpisie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie – Koźlu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie projektu nadbudowy kondygnacji skrzydła A1 SP ZOZ w Kędzierzynie-Koźlu przy ul. Roosevelta 2”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 grudnia 2020r. Odwołujący – MW Technic sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);

2.art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, pomimo że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że przyczyną odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty jako niezgodnej z SIWZ, było stwierdzenie że zaoferował on wykonanie projektu w oparciu o technologię modułową, zaś Zamawiający założenia dotyczące wykonania przedmiotowego projektu opierał o zabudowę tradycyjną, co zdaniem Zamawiającego wynikać miało z istniejącej konstrukcji budynku, posiadającej nieregularny kształt ścian nośnych murowanych z cegły oraz lekkich stropów gęstożebrowych, a także z wytrzymałości ścian i stropów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako dowód wskazujący na przyjętą przez niego technologię tradycyjną, powoływał się na okoliczność, że wśród wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) kodów CPV nie umieszczono kodów dotyczących technologii modułowej. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że technologia modułowa będzie wymagała wzmocnienia konstrukcji fundamentów, co nie leży w jego interesie z uwagi na potencjalne zwiększenie przyszłych kosztów realizacji inwestycji. Ponadto Zamawiający zwrócił także uwagę na ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie, a także na, jego zdaniem, brak elastyczności późniejszej adaptacji pomieszczeń w przypadku zastosowania technologii modułowej.

Odwołujący odnosił się do powyższych zarzutów Zamawiającego wskazując, że w żadnym punkcie SIWZ, w szczególności w Opisie przedmiotu zamówienia — Programie Funkcjonalnym*, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający nie wskazał, że „klucza zastosowanie technologii modułowej, oferowanej przez Odwołującego. Dopiero na etapie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający ujawnił, iż preferuje technologię tradycyjną. Podkreślenia jednak wymaga, że to Opis przedmiotu zamówienia jest dokumentem, w którym Zamawiający określa wszystkie swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. To w tym dokumencie wskazuje, jakie rozwiązania dopuszcza, a jakie wyklucza. Przy tym, OPZ powinien być jednoznaczny i kompletny, zaś wszelkie nieścisłości należy interpretować na korzyść wykonawcy, co wynika z bogatego orzecznictwa w tym zakresie w tym np. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. Akt IV CSK 363/18.

W konsekwencji, jeżeli zatem, Zamawiający nie ujął jakiegos elementu w opisie przedmiotu zamówienia, czy też nie dookreślił metody przyjętej do realizacji zamówienia, to nie może na etapie oceny ofert zarzucać wykonawcy przyjęcia konkretnego rozwiązania. Skoro bowiem, na etapie formułowania OPZ, Zamawiający danego rozwiązania nie negował, to nie ma podstaw do twierdzenia na etapie badania oferty, że jest ono niezgodne z OPZ. Ponadto, w opinii Odwołującego, samo lakoniczne stwierdzenie, że oferta nie spełnia przyjętych przez Zamawiającego założeń, nie jest wystarczające, w sytuacji, gdy owe przyjęte założenia nie były wcześniej wyraźnie wyartykułowane w OPZ. Według Odwołującego, powoływanie się przez Zamawiającego na listę wpisanych w OPZ kodów CPV świadczy tylko o braku dostatecznej argumentacji Zamawiającego uzasadniającej niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Wyjaśnił, że kody CPV służą ułatwieniu wykonawcom wyszukania interesującego ich zamówienia. Nie określają natomiast wszystkich elementów danego zamówienia, a tym bardziej nie opisują rozwiązań dopuszczalnych czy też

niedopuszczalnych przez Zamawiającego. Przy tym, kody CPV charakteryzuje pewna ogólnikowość, są one niejako hasłami służącymi wyszukiwaniu zamówienia. Zaś precyzyjny jego opis zawarty jest w dokumentacji danego postępowania. Według Odwołującego, przyjęcie, że przedmiot zamówienia obejmuje te elementy, które wynikają z wpisanego kodu CPV prowadziło do dezinformacji co do rzeczywistego zakresu przedmiotu zamówienia, gdyż kody CPV jedynie ogólnie określają rodzaj/klasyfikację danego zamówienia, nie precyzując jego przedmiotu. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, iż kody CPV wymienione w OPZ przez Zamawiającego wskazują na roboty budowlane, jakie będą realizowane zgodnie z projektem, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie, jednak z żadnego z tych kodów nie wynika technologia w jakiej mają być wykonywane, czy to technologia tradycyjna, czy to modułowa. Co więcej, należy zwrócić uwagę, że nie ma w słowniku kodów CPV kodu specyficznego dla technologii modułowej, w jakiej chce projektować Odwołujący, co rzecz jasna, nie oznacza, że nigdy technologia ta w zamówieniach publicznych nie może być zastosowana.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie jego oferty powołał się również na brak możliwości zastosowania technologii modułowej, z uwagi na istniejącą konstrukcję budynku. Nie jest jednak prawdą, iż technologii modułowej nie można stosować w przypadku, gdy konstrukcja istniejącego budynku zbudowana została w technologii tradycyjnej. Całość nadbudowy, w tym poszczególne moduły, dopasowuje się bowiem do istniejącej konstrukcji, przy zachowaniu wszelkich 'wymogów prawa budowlanego i wiedzy technicznej. Taki jest cel wykonania projektu, aby opracować wszystkie elementy w sposób odpowiadający zamierzeniu inwestycyjnemu i spełniający wszelkie normy i uwarunkowania, nie dopuszczając w szczególności do zagrożenia istniejącej konstrukcji. Ponadto, w procesie projektowania ze strony Odwołującego zaangażowane będą osoby doświadczone, posiadające odpowiednią wiedzę i kompetencje, gwarantujące, że projekt spełniał będzie wymagania określone w Programie Funkcyjnym i przepisach prawa (osoba wyznaczona do realizacji o odpowiednim doświadczeniu i kompetencjach została wskazana w ofercie Odwołującego, czego Zamawiający nie negował). Stąd, Zamawiający nie musi obawiać się, że np. istniejące fundamenty nie wytrzymają konstrukcji ścian nośnych, przy zastosowaniu technologii modułowej. Projekt bowiem, będzie tak opracowany, aby nie dopuścić do tego typu zagrożeń.

Ponadto, nie jest prawdą że zastosowanie w projekcie technologii modułowej wpłynie na ograniczenie konkurencji w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych objętych projektem. Istnieje bowiem na rynku polskim i ogólnoeuropejskim wiele firm, które zajmują się realizacją w tej właśnie metodzie, m.in. Cadolto, Moduł System S.A., Hepamos Modular, DMD Modular sp. z o.o., Diamond Module Sp. z o.o. Sp.k.

Odwołujący nie zgodził się również ze stwierdzeniem Zamawiającego co do braku elastyczności w zakresie dalszego rozbudowywania budynków skonstruowanych w technologii modułowej. Wyjaśnił, że możliwości adaptacyjne są szerokie, zaś metoda modułowa w żadnym stopniu nie powoduje ograniczeń w zakresie zmian dotyczących instalacji wywołanych koniecznością dostosowywania do potrzeb Zamawiającego. Stąd budownictwo modułowe znajduje coraz szersze zastosowanie, również budownictwie obiektów służby zdrowia, np. w 2008 r. w Bydgoszczy dobudowano 100 m² piętra Szpitala Uniwersyteckiego im. dr. Antoniego Jurasza lub nadbudowa nowego bloku operacyjnego przez Szpital MSWiA w Opolu w roku 2018.

Odwołujący odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wyjaśnił, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty wskazał, że zastosowana przez Odwołującego technologia (modułowa) nie pozwalała przyjąć zaoferowanej kwoty (390.000 zł brutto) i wyjaśnień dotyczących ceny, a oferta jest nieporównywalna z ofertą drugiego wykonawcy, który przewidział technologię projektowania opartą na zabudowie tradycyjnej. Zdaniem Zamawiającego realna kwota wykonania zamówienia powinna przekroczyć 500.000 zł brutto, co wynika z przeprowadzonego przez niego przed wszczęciem postępowania rozeznania rynku, wobec czego ofertę Odwołującego należy uznać za rażąco niską.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że cena zawarta w ofercie, jest ceną odpowiadającą projektowi zrealizowanemu w metodzie modułowej, czego Zamawiający nie zaprzeczył. Nie wskazał bowiem, że cena wykonania projektu w tej metodzie jest rażąco niska. Odnosił natomiast cenę Odwołującego wyłącznie do ceny zaoferowanej przez drugiego Wykonawcę oraz do cen wynikających z rozeznania rynku. Nie jest jednak trafiony zarzut, iż cena Odwołującego jest nieporównywalna z ceną drugiego Wykonawcy i wobec tego powinna zostać odrzucona, gdyż jak już wyżej wykazano, Zamawiający w OPZ, nie zaznaczył, w jakiej metodzie oczekuje realizacji projektu i że wyklucza metodę modułową. Tym samym, nie jest zasadne zestawianie ceny obydwu wykonawców i wysnuwanie z niego wniosków co do zasadności którejkolwiek z cen. Zamawiający nie określając metody wykonania robót (tradycyjnej czy modułowej) na etapie opisu przedmiotu zamówienia, sam doprowadził do sytuacji, w której ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców różnią się od siebie. Z tego powodu, nie powinien na obecnym etapie postępowania, wyciągać negatywnych konsekwencji względem żadnego z wykonawców.

Ponadto, podkreślił, że na wezwanie Zamawiającego przedłożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Udzielił informacji co do stawki za wykonanie dokumentacji projektowej w przeliczeniu za m² powierzchni budynku. Podał dokładną kalkulację oferty, wyszczególniając wszystkie elementy. Określił wynagrodzenie projektanta, przeniesienie praw autorskich, koszt uzyskania pozwolenia na budowę, pełnienia nadzoru autorskiego, uwzględnił stawkę podatku VAT oraz zysk. Celem dodatkowego uzasadnienia wysokości ceny oferty, wskazał na ceny realizacji analogicznych publicznych.

Podkreślił, że Zamawiający nie podważył powyższych wyjaśnień. Nie wskazał, że Odwołujący w sposób niewystarczający uzasadnił zaoferowaną przez siebie cenę i nie wykazał, iż nie jest ona rażąco niska. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty skoncentrował się wyłącznie na przyrównaniu jej ceny do wartości szacunkowej zamówienia i cenie oferty konkurencyjnej. Jednak, tylko sam fakt, iż cena Odwołującego jest niższa, nie oznacza, że jest rażąco niska i jako taka powinna podlegać odrzuceniu. Uzasadnieniem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest bowiem nie udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub sytuacja, w której dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp). Taka natomiast sytuacja w przedmiotowym stanie faktycznym nie miała miejsca, gdyż Odwołujący przedłożył należyte i umotywowane wyjaśnienia co do zaoferowanej przez siebie ceny, czego zresztą Zamawiający jak już wyżej wskazano, nie zaprzeczył.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących

odrzucając odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym załącznika nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia pkt III ust. 1 i 2 oraz VI ust. 3 ww. załącznika, treści oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 10 grudnia 2020r., oraz udzielonych w dniu 16 grudnia 2020r. wyjaśnień Odwołującego, a także z informacji z dnia 23 grudnia 2020r. o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Interpretacja powyższego przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Powyższa niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.

Uwzględniając powyższe, wskazać należy, że aby rozstrzygnąć niniejszy spór ustalić należało, czy ze sporządzonego przez Zamawiającego OPZ oraz SIWZ wynikało, że opracowany przez wykonawców projekt mógł być wykonany tylko przy zastosowaniu technologii tradycyjnej, czy też powyższy wymóg nie wynikał z dokumentacji postępowania, w konsekwencji czego opracowany projekt mógł być sporządzony przy zastosowaniu dowolnej technologii, w tym technologii modułowej zastosowanej przez Odwołującego.

Wskazać należy także, że zdaniem Zamawiającego obowiązek sporządzenia projektu w technologii tradycyjnej (muruwanej) wynikał z:

1. punktu III ust. 1 OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że projekt ma nawiązywać do istniejącej konstrukcji i obrysu kondygnacji istniejącego budynku z uwzględnieniem powierzchni łącznika na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego rzutu istniejącej kondygnacji oraz rzutu i przekroju fundamentów (dokumentacja skrzydła A1 i Łącznika dostępna na stronie Zamawiającego);

2. wskazania w punkcie VI ust. 3 kodów CPV nie odnoszących się do technologii modułowej.

Odnosząc się więc do pierwszej okoliczności, skład orzekający nie podzielił stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego. W opinii Izby, z powyżej przytoczonego punktu OPZ w żaden sposób nie można wywieść, że projekt musiał zostać sporządzony przy zastosowaniu technologii tradycyjnej. W żadnym miejscu SIWZ w tym z OPZ nie wynikał obowiązek sporządzenia projektu w preferowanej przez Zamawiającego technologii. Okoliczność natomiast, że Zamawiający wolałaby aby właśnie ta technologia została zaoferowana, m. in. z powodu przyszłych ewentualnych prac adaptacyjnych nie może wpływać na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ. Ocena ta bowiem musi nastąpić poprzez odniesienie wymagań wynikających z SIWZ do treści oferty. Skoro więc Zamawiający nie podał szczegółowych wymagań w tym zakresie, poprzez jasne i precyzyjne wyłączenie możliwości sporządzenia projektu w oparciu o technologię modułową, uznać należało, że oferta Odwołującego – oparta o technologię modułową, nie wykluczona przez Zamawiającego - jest zgodna z SIWZ.

Stwierdzić również należało, że Zamawiający nie wykazał, że na skutek zastosowania technologii proponowanej przez Odwołującego brak jest możliwości nawiązania do istniejącej konstrukcji. Odwołujący wskazywał, że bez żadnych przeszkód można zastosować technologię modułową nawet w przypadku, gdy konstrukcja istniejącego budynku zbudowana została w technologii tradycyjnej. Całość nadbudowy, w tym poszczególne moduły, dopasowuje się bowiem do istniejącej konstrukcji, przy zachowaniu wszelkich wymogów prawa budowlanego i wiedzy technicznej. Na rozprawie Odwołujący przedłożył dowód potwierdzający również okoliczność, że wbrew stanowisku Zamawiającego wykonanie nadbudowy w technologii modułowej nie spowoduje konieczności wzmocnienia fundamentów. Zamawiający powyższej okoliczności nie podważył.

Odnosząc się kolejno do wskazywanej przez Zamawiającego okoliczności, że z przywołanych w pkt VI OPZ kodów CPV wynikała dopuszczalna technologia, to podzielić należy pogląd Odwołującego co do roli i powodów wskazywania w SIWZ kodów CPV. Kody te mają bowiem za zadanie przede wszystkim ułatwić wykonawcom wyszukiwanie konkretnych zamówień. Ich celem jest poprawienie przejrzystości ogłoszeń o zamówieniach poprzez standaryzację opisu przedmiotu zamówień publicznych. Podkreślić jednak należy, że zamieszczenie kodu CPV w SIWZ nie wyczerpie nigdy opisu przedmiotu zamówienia. Zawsze jest potrzebna informacja o szczegółowych wymogach technicznych czy funkcjonalnych, o ilościach i terminach, a także o dopuszczalnych i niedopuszczalnych przez Zamawiającego rozwiązaniach.

Uwzględniając więc powyższe Izba w składzie orzekającym stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stwierdzić należało, że zarzut ten również okazał się zasadny.

Zauważyć należy, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie ww. przepisu wskazał, że „Zastosowanie technologii, której zamawiający nie uwzględnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie pozwala przyjąć zaoferowanej kwoty oraz przesłanych wyjaśnień do zaoferowanej ceny oferty. Przedłożona oferta nie jest porównywalna z ofertą drugiego wykonawcy, który przewidział technologię projektowania opartą na zabudowie tradycyjnej.

Zamawiający przygotowując się do przedmiotowego postępowania dokonał rozeznania rynku, na postawie, którego oszacował wartość zamówienia. W rozeznaniu przedłożył zainteresowanym wykonawcom program funkcjonalny, który zawierał istotne elementy programu funkcjonalnego, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ tj. opisu przedmiotu zamówienia. W wyniku przeprowadzonego rozpoznania wszystkie złożone oferty przekraczały kwotę 500 000,00 zł brutto, co tym bardziej potwierdza realność szacowanej ceny wykonania przedmiotu zamówienia.”

Wyjaśnić należało, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług. Przyczyną wyrażnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, bądź celowym działaniem wykonawcy zmierzającym do przejścia określonej gałęzi rynku. Cena rażąco niska oferty wynika w szczególności ze złożenia oferty zawierającej cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej (podob. wyrok KIO 1391/20 z dnia 24 lipca 2020 r).

Jednocześnie podkreślić należy, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowiło domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, obowiązany jest z kolei poddać ją bardzo wnikliwej analizie. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego sposobu wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, które zostały przedstawione w tabeli stanowiącej kalkulację ceny oferty. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach szczegółowo rozpiął wszystkie czynności, nakłady i koszty konieczne do poniesienia, aby realizacja przedmiotu zamówienia odbywała się w sposób prawidłowy. W ocenie składu orzekającego okoliczności obiektywne wpływające na wysokość ceny oferty w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący przedstawił, natomiast czynniki te nie zostały skutecznie zanegowane przez Zamawiającego. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania, szczegółowo odnoszą się do wszystkich czynników kosztotwórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji. Wykonawca odrębnie dla poszczególnych pozycji rozpiął koszty a także wykazał zysk na poziomie 7,5% z realizacji niniejszego zamówienia.

Zamawiający natomiast w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał na ani jedną pozycję złożonych wyjaśnień, w tym przedstawionej kalkulacji, w której wydawać mogłoby się, że przejęto nieprawidłowe składniki dotyczące poszczególnych elementów kosztotwórczych. Podkreślić należy, że Zamawiający uznając złożone wyjaśnienia za niewystarczające musi wykazać, że przyjęte przez wykonawcę założenia są nierealne, nieprawidłowe, nierynkowe, to zaś przekłada się na cenę oferty i czyni tę cenę rażąco niską. Tymczasem Zamawiający skupił się jedynie na stwierdzeniu, że zastosowanie przez Odwołującego technologii modułowej, zamiast preferowanej przez Zamawiającego technologii tradycyjnej, nie pozwoliło mu przyjąć zaoferowanej kwoty oraz przesłanych wyjaśnień do zaoferowanej ceny. Słuszne są więc twierdzenia Odwołującego, że jedynymi punktami odniesienia oceny ceny oferty była dla Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia oszacowana dla zastosowania technologii tradycyjnej i cena drugiej oferty wykonawcy złożonej w postępowaniu, która przewidywała właśnie wykonanie projektu przy uwzględnieniu technologii tradycyjnej.

Podsumowując, zdaniem składu orzekającego Odwołujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na zaoferowanie ceny wskazanej w ofercie. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone przez Odwołującego wyjaśnienia i niesłusznie uznał, że złożono ofertę z rażąco niską ceną.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018, poz. 972), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Odwołującemu.

Przewodniczący: