

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe GRESAN Sp. z o.o. Sp. k. w Ustroniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Ustroń w Ustroniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe AKRO B. M. w Czechowicach-Dziedzicach oraz „AQUA System” Sp. z o.o. w Bielsku-Białej zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Ustroń w Ustroniu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowego GRESAN Sp. z o.o. Sp. k. w Ustroniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 7a i 8, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
  2. kosztami postępowania obciąża Miasto Ustroń w Ustroniu i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowe GRESAN Sp. z o.o. Sp. k. w Ustroniu tytułem wpisu od odwołania;
    - 2.2. zasądza od Miasta Ustroń w Ustroniu na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowego GRESAN Sp. z o.o. Sp. k. w Ustroniu kwotę 12.460 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a 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:.....**

**Sygn. akt KIO 3451/20**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Ustroń w Ustroniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączeniami do budynków mieszkalnych w rejonie ulicy Łącznej i Bładnickiej w Ustroniu”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 575113-N-2020 dnia 17 sierpnia 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe GRESAN Sp. z o.o. Sp. k. w Ustroniu, który 26 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie błędnej oceny ofert i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „AKRO” B. M. w Czechowicach-Dziedzicach AQUA-System Spółki z o.o. w Bielsku-Białej;
2. art. 90 ust. 3 Pzp przez przyjęcie, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień, względnie ocena udzielonych wyjaśnień może prowadzić do uznania, że oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co prowadziło do odrzucenia oferty odwołującego;
- 3.art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnienia ceny oferty wieloetapowo, jeśli u zamawiającego istniały jakiegokolwiek wątpliwości co do realności ceny oferty po otrzymaniu wyjaśnień odwołującego z 10 września 2020 r., co prowadziło do odrzucenia oferty;
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 7a) Pzp przez przyjęcie, że odwołujący, nie składając wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą, nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, co prowadziło do odrzucenia oferty;
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp przez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a konkretnie art. 66 k.c., co prowadziło do odrzucenia oferty.

Wskazując na wymienione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty, złożonej przez odwołującego;
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dalszego prowadzenia postępowania, w tym powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wywołanych zastępstwem przed Izbą, zgodnie z załączoną fakturą, opiewającą na kwotę 2.460,- zł.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- akt postępowania sygn. akt KIO 2560/20, a w szczególności z: ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 2.10.2020 r., odwołania, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, postanowienia Izby z 29.10.2020 r.;
- akt postępowania sygn. akt KIO 3266/20, a w szczególności z: zawiadomienia o odrzuceniu oferty z 4.12.2020 r., odwołania, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, postanowienia Izby Odwoławczej z 21.12.2020 r.;
- zawiadomienia o odrzuceniu oferty z 23.12.2020 r.;
- ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23.12.2020 r.

na okoliczność wykazania interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, pisma zamawiającego z 7.09.2020 r. na okoliczność ustalenia wezwania odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny;  
pisma odwołującego z 10.09.2020 r. na okoliczność ustalenia złożenia wyjaśnień w przedmiocie uzasadnienia wysokości ceny ofertowej;  
ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 2.10.2020 r. na okoliczność ustalenia, iż zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego ze względu na rażąco niską cenę;  
ogłoszenia o wyborze oferty z 23.12.2020 r. na okoliczność ustalenia przyczyny wyboru najkorzystniejszej oferty;  
zawiadomienia o odrzuceniu oferty z 23.12.2020 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe AKRO B. M. w Czechowicach-Dziedzicach oraz „AQUA-System” Sp. z o.o. w Bielsku-Białej przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, na którą nikt się nie stawił. Strony i uczestnik zostały prawidłowo powiadomione o terminie posiedzenia.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia 5 sierpnia 2020 r. na kwotę 2.426.145,13. Szacunek został dokonany na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

W pkt 11.4. SIWZ zamawiający ustalił, że wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 30 dni przy czym, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Rozdział XII SIWZ zawiera wymagania dotyczące obliczenia ceny oferty. W pkt 12.1. zamawiający ustalił, że podana w ofercie cena ma charakter kosztorysowy i powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia uwzględniając wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do specyfikacji oraz zapisy SIWZ i warunki umowy. W pkt 12.4. zastrzegł, że wszystkie inne koszty związane z realizacją zamówienia oprócz robót zasadniczych wycenionych zgodnie z załączonym przedmiarem robót powinny być ujęte w kosztach pośrednich. Zgodnie z pkt 12.5. i 12.6. wycenę wszystkich robót w kosztorysie ofertowym sporządza każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego co najmniej podstawę wyceny, opis robót, jednostkę obmiarową, ilość, cenę jednostkową oraz wartość pozycji. Natomiast przed zawarciem umowy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza winien przedstawić dodatkowo kosztorys w formie szczegółowej wraz z dołączonym zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. Rozliczenie robót nastąpi kosztorysem powykonawczym. Nieprzedłożenie przez wybranego wykonawcę szczegółowego kosztorysu ofertowego - pomimo wezwania zamawiającego - będzie równoznaczne z „uchyłaniem” się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 24aa ust. 2 Pzp. W pkt 12.7. zamawiający wymagał, żeby ewentualne upusty, muszą być zawarte w cenach jednostkowych. Cena jednostkowa brutto po zastosowaniu upustu nie może być niższa, niż koszty wytworzenia lub koszty własne.

Otwarcie ofert nastąpiło 7 września 2020 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 2.984.158,51 zł.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy z cenami odpowiednio:

- 1.EKOBUD Sp.J. A. R., M. G. w Cieszynie - 2.356.231,90 zł brutto;
- 2.Firma Handlowo - Usługowa W. R. w Ustroniu - 2.271.131,41 zł brutto;
- 3.Przystępujący - 1.982.501,72 zł brutto;
- 4.Odwołujący - 1.900.833,92 zł brutto;
- 5.TRANS-WIERT DUDA Sp. z o.o. w Gołkowicach - 2.185.982,22 zł brutto;
- 6.BESKID INVEST inż. A. Ł. w Istebnej - 2.783.857,00 zł brutto;
- 7.Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa PAWLIMEX P. W. w Starej Wsi (Limanowa) - 2.234.239,76 zł brutto;
- 8.INSTAL C. Sp. J. w Skoczowie - 2.743.052,52 zł brutto.

Pismem z 9 września 2020 r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty. Wskazał, że cena oferty odwołującego 1.900.833,92 zł brutto jest ponad 36% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający prosił o udzielenie wyjaśnień w formie pisemnej najpóźniej do 10 września 2020 r.

Wskazał, że w przypadku nie udzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuci ofertę na mocy art. 90 ust. 3 Pzp.

Pismem z 10 września 2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. Wskazał, że cena oferty stanowi bilans sprzyjających i

dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zadania polegających na:

1. posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy wykonawcy zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu, dojazdu oraz brakiem konieczności wynajmu terenu na bazę tymczasową;
2. wydajniejszy czas pracy ze względu na brak konieczności dojazdu pracowników;
3. posiadaniu własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów wynajmu sprzętu;
4. posiadaniu zmagazynowanych zapasów materiałowych (piasku, kruszywa, materiałów instalacyjnych), niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia - w chwili składania oferty;
5. korzystaniu z atrakcyjnych rabatów i upustów cenowych na zakup materiałów i usług, dzięki stałej współpracy z dostawcami i bezpośrednio z producentami oraz podwykonawcami, co skutkuje możliwością oferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia;
6. posiadaniu sprawdzonej i niezmiennej od wielu lat kadry pracowniczej;
7. bardzo dobra znajomość terenu i warunków gruntowych w miejscu realizacji zamówienia

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena zawarta w ofercie jest jedynie o 17,6% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, co wskazuje na jej realność. Oświadczył, że przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ. Na potwierdzenie realności podanej ceny odwołujący załączył szczegółowy wydruk kosztorysu ofertowego oraz kalkulację oszczędności wskazanych w pkt 1.

Pismem z 2 października 2020 r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tej czynności, którego zarzuty zamawiający uwzględnił w całości. W związku z brakiem sprzeciwu przystępującego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe AKRO B. M. w Czechowicach-Dziedzicach oraz „AQUA-System” Sp. z o.o. w Bielsku-Białej) Izba postanowieniem z 29 października 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 2560/20).

Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, a następnie pismem z 4 grudnia 2020 r. poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu nieprzedłużenia przez niego terminu związania ofertą. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tej czynności, którego zarzuty zamawiający uwzględnił w całości. W związku z brakiem sprzeciwu przystępującego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe AKRO B. M. w Czechowicach-Dziedzicach oraz „AQUA System” Sp. z o.o. w Bielsku-Białej) Izba postanowieniem z 21 grudnia 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 3266/20).

Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, a następnie pismem z 23 grudnia 2020 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę odrzucenia zamawiający wskazał art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a jak również art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.). W uzasadnieniu zamawiający przywołał treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego i zarzucił, że nie przedłożył on jakichkolwiek dowodów, konkretnych informacji np. w postaci wyliczenia chociażby w przybliżeniu oszczędności z tego tytułu, które pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej. Zamawiający wskazał, że odwołujący załączył wprawdzie dokument pn. „Tabela czynników cenotwórczych uzyskanych oszczędności spowodowanych bliskością zaplecza technicznego” z którego wynikają jego ewentualne oszczędności w łącznej wysokości 96.000,00 zł netto, ale dokument ten uniemożliwia weryfikację oraz ocenę wiarygodności przedstawionych w nim wyliczeń. Wykonawca nie wskazał nawet odległości zaplecza technicznego, którym dysponuje od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem stwierdzić, co rozumie się pod pojęciem „bezpośredniego sąsiedztwa”. Ponadto nie sposób ustalić w jaki sposób wykonawca wyliczył miesięczne koszty:

- najmu tymczasowej bazy - 1.500,00 zł
- dojazdu pracowników - 3.000,00 zł
- transportu sprzętu, materiałów, itp. - 3.500,00 zł

Przykładowo brak jest możliwości ustalenia, w jaki sposób skalkulowanie zostały „koszty dojazdu pracowników” i „wydajniejszy czas pracy ze względu na brak konieczności dojazdu pracowników”, co w nich zostało uwzględnione, np. brak jest informacji jaka liczebność personelu oraz jaki czas pracy został przyjęty do kalkulacji ceny ofertowej. Ponadto w odniesieniu do pozostałych „wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia”, dostępnych wykonawcy, o których mowa w poz. od 2 do 7, nie zostały złożone jakiegokolwiek dowody, brak jest nawet konkretnych informacji np. w postaci wyliczenia chociażby w przybliżeniu oszczędności z tego tytułu, które pozwoliły wykonawcy na obniżenie ceny ofertowej. Nie sposób także ustalić, jakie oszczędności osiągnąłby wykonawca z tytułu posiadania własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, także w tej części wyjaśnień „podejrzanej ceny” nie można uchwycić chociażby w przybliżeniu wymiernych wartości ekonomicznych osiągniętych przez wykonawcę z tytułu posiadania własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia, a także niemożliwa jest ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Wykonawca nie wykazał także, ani nie udowodnił posiadania zmagazynowanych zapasów materiałowych (piasku, kruszywa, materiałów instalacyjnych) niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, brak chociażby wykazania, jakimi ilościami materiałów budowlanych wykonawca dysponuje i czy te materiały rzeczywiście będą przeznaczone do realizacji zamówienia. Zgodnie z poz. 4 ten wyjątkowo sprzyjający warunek wykonywania zamówienia był dostępny wykonawcy „w chwili składania oferty”. Zamawiający stwierdził zatem, że nie można nawet ustalić, czy wg stanu na dzień dzisiejszy (tzn. dzień wykluczenia - przyp. Izby) wykonawca nadal dysponuje tymi materiałami, a tym bardziej, czy dysponowałby tymi materiałami w okresie realizacji zamówienia. Zamawiający podniósł, że wykonawca nie wykazał także minimalizacji kosztów, które miałyby przełożyć się na wysokość ceny ofertowej ze względu na „posiadanie sprawdzonej i niezmiennej od wielu lat kadry pracowniczej oraz „bardzo dobrej znajomości terenu i warunków gruntowych w miejscu realizacji zamówienia”.

Zamawiający wywodził, że wykonawca musi zdawać sobie sprawę z tego, że zastosowanie trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp oznacza, że zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz

wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiegokolwiek wyjaśnienia ogólne, nieoparte dowodami.

Zamawiający podniósł, że wykonawca w ramach składanych wyjaśnień musi również przedłożyć dowody na ich poparcie. W szczególności pod kątem prawidłowości dokonanej kalkulacji cenowej, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę całości przedmiotu zamówienia. To bowiem Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie, wykonawca powinien przedłożyć konkretne, weryfikowalne dane pozwalające na ocenę zasadności przyjętych wartości.

Ponadto zamawiający podniósł, że w wyniku analizy kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej - który został załączony do wyjaśnień konkretnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wycenił niektórych elementów w ogóle, albo rażąco zaniżył wartości niektórych pozycji robót.

Jako przykład zamawiający podał następujące pozycje:

- 5.22, gdzie mechaniczne zasypywanie wykopów liniowych koparką zostało wycenione na 1,12 zł za m<sup>3</sup> ziemi (15,05 zł w kosztorysie inwestorskim);
- 5. 26, gdzie nakłady uzupełniające, za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu nadmiaru humusu zostały wycenione na 0,94 zł za m<sup>3</sup> humusu (22,58 zł w kosztorysie inwestorskim);
- 9.59, gdzie nakłady uzupełniające, za każde dalsze 0,5 km odległości transportu ponad 1 km samochodami ciężarowymi zostały wycenione na 0,49 zł za m<sup>3</sup> ziemi, (11,84 zł w kosztorysie inwestorskim);
- 9.60, gdzie umocnienie ścian wykopów liniowych szerokości do 1,0m i głębokości 6,0 m w gruntach nawodnionych grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzic zostało wycenione na niespełna 6.400 zł za 80 m<sup>2</sup> umocnienia, (24.700,80 zł w kosztorysie inwestorskim).

Ponadto ze zamawiający wskazał, że pozycji 4.15 opisanej szczegółowo w KNR 0201 0607-0100 (wykonanie odwodnienia terenu igłofiltrami) odwołujący uwzględnił jedynie robociznę i sprzęt, pominał zaś wycenę materiałów. Tymczasem nie można wykonać odwodnienia terenu za pomocą igłofiltrów, jeżeli wykonawca nie użyje do tego żadnych urządzeń i materiałów. W KNR 0201 0607-0100 szczegółowo opisane są materiały które należało wycenić tj.: igłofiltry, kolektor stalowy ssący do odwodnień wykopów, śruby fundamentowe z nakrętkami, uszczelka gumowa oraz wąż gumowy, czego wykonawca nie uczynił. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze sposób wykonania odwodnienia wykopu, określony w dokumentacji projektowej, tj. za pomocą igłofiltrów, tak opisana i wyceniona pozycja w kosztorysie, wskazuje na przyjęcie odmiennej od dokumentacji projektowej, technologii odwadniania wykopów. Podobna sytuacja ma miejsce w poz. 4.16, gdzie wykonawca nie uwzględnił wszystkich materiałów niezbędnych do prawidłowego wykonania tej części zadania, tj.: kształtek żeliwnych ciśnieniowych kielichowych sznura konopnego smołowanego i surowego, włókna azbestowego oraz zaprawy cementowej, zaś w pozycji 4.17 i 4.18 zmniejszył normy na robociznę.

Tym samym, zdaniem zamawiającego, z wyjaśnień ceny wynika, że jedną z przyczyn niskiego poziomu ceny oferty jest to, że wykonawca zaoferował przedmiot niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Mając na uwadze, że obowiązującą formułą wynagrodzenia w tym postępowaniu jest wynagrodzenie kosztorysowe te odstępowstwa wykonawcy w wycenie stanowią podstawę odrzucenia tej oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Mamy tutaj do czynienia z sytuacją, w której przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy bowiem elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy definiujących przedmiot świadczenia.

Zamawiający podniósł, że przesłanka braku wyjaśnień uzasadniająca odrzucenie oferty zostaje spełniona w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego z powodu upływu terminu związania zamawiający wskazał, że upływ tego terminu wynoszącego 30 dni, by 6 października 2020 r. Ponieważ w tym dniu odwołujący wniósł odwołanie uległ przedłużeniu do dnia ogłoszenia orzeczenia, czyli do 29 października 2020 r., kiedy ogłosiła postanowienie w sprawie umorzenia postępowania o sygn. akt KIO 2560/20. Ponawiając zatem czynność badania i oceny ofert 22 grudnia 2020 r. zamawiający ustalił, że odwołujący nie jest już związany ofertą złożoną w tymże przetargu, co powoduje że jego oferta wygasa.

Powołując się na przepisy kodeksu cywilnego i opinię UZP zamawiający podniósł, że wybór oferty najkorzystniejszej może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca jest nią związany. Pomimo zatem uwzględnienia wcześniejszego odwołania w całości - nie może ono odnieść skutku w postaci przywrócenia oferty odwołującego do badania i oceny. Zamawiający stwierdził, że kluczowym jest także to, iż w dacie, kiedy postanowił unieważnić czynność wyboru wszyscy - poza jednym przystępującym - swoją nieuwagą lub zamierzoną wcześniej rezygnacją z ubiegania się o zamówienie zaniechali przedłużenia terminu związania ofertą, co jest równoznaczne z brakiem wpływu dalszych czynności w postępowaniu na ich sytuację.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba skierowała na rozprawę wszystkie zarzuty odwołania, pomimo tego, że zamawiający odrzucił już raz ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Pomimo tego, że zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia tego przepisu, co stało się podstawą umorzenia postępowania odwoławczego (KIO 3266/20), to nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania. Zamawiający ponowił czynność badania i oceny ofert, w wyniku której ponownie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Nie zaistniała zatem przesłanka odrzucenia odwołania w odniesieniu do tego zarzutu wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, gdyż odwołanie dotyczy czynności, której zamawiający nie wykonał zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszym odwołaniu.

Rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp nie sprzeciwia się również art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były

przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Z uwagi na wcześniejsze uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania w sprawie KIO 2660/20 w całości kwestia znaczenia upływu terminu związania ofertą przez odwołującego nie była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, która postępowanie odwoławcze w tej sprawie umorzyła. Ponadto zamawiający dokonał ponownie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, od której przysługuje odwołanie, zwłaszcza, że ponowienie tej czynności, upływ czasu i uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego tworzą nowy kontekst faktyczny.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie sprzeciwia się temu stanowi stanu związku odwołującego złożoną ofertą. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil i Saferoad Kabex sprzeciwił się nakładaniu na wykonawców sankcji, która wyraźnie nie wynika z dokumentacji przetargowej, a jej źródłem jest wyłącznie wykładnia niejasnego przepisu prawa krajowego. Uznając to stanowisko wyrażone w odniesieniu do instytucji terminu związania ofertą i konsekwencji upływu tego terminu, Izba uznała, że z przepisów ustawy mającej pierwszeństwo zastosowania przed przepisami kodeksu cywilnego nie wynika wprost zakaz wyboru oferty, którą wykonawca nie jest już związany i udzielenia mu zamówienia. Przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ocenił, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień, gdyż informacje zawarte w piśmie odwołującego z 10 września 2020 r. uznał niewystarczające, niekompletne i zbyt ogólnych. Izba nie zgadza się z tą oceną. Braku wyjaśnień, o której mówi art. 90 ust. 3 Pzp występuje w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy wezwany wykonawca nie odpowiada zamawiającemu i nie udziela wyjaśnień. Po drugie, gdy wyjaśnienia zawierają twierdzenia ogólne, nie powiązane w żaden sposób z sytuacją danego wykonawcy lub realiami danego postępowania, co jest równoznaczne ze brakiem odpowiedzi wykonawcy.

Tak nie jest w okolicznościach sprawy. Odwołujący udzielił bowiem wyjaśnień, których nie można zakwalifikować jako ogólnikowych, nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji należy ustalić, czy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ocena wyjaśnień odwołującego nie potwierdza tezy o rażącym zaniżeniu ceny.

Zamawiający tezę o zaniżeniu ceny oferty odwołującego zarzuty odwołania buduje na kilku elementach.

Pierwszym z nich jest brak załączenia dowodów potwierdzających treść wyjaśnień. W tej mierze Izba zważyła, że sam fakt niezłączenia dowodów do wyjaśnień nie może stać się podstawą do uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby pozytywną ocenę wysokości ceny ofertowej i sposobu jej ustalenia oprzeć na samej treści wyjaśnień. W okolicznościach sporu przystępujący złożył wystarczające wyjaśnienia. Ewentualne kwestie, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego powinny być przez niego dodatkowo wyjaśnione. Wyjaśnienia te nastąpiłyby bowiem w granicach oświadczenia z 10 września 2020 r. Dostrzec też trzeba, że zamawiający wzywając do wyjaśnień nie żądał żadnych konkretnych elementów oferty, lecz powołał brzmienie przepisu ustawy i wyznaczył krótki jednodniowy termin na udzielenie odpowiedzi. W tej sytuacji absolutnie nie zasługuje na uwzględnienie pogląd zamawiającego, że wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie dość szczegółowe. Złożone wyjaśnienia z naddatkiem przewyższają treść wezwania, zwłaszcza, że odwołujący złożył zamawiającemu kosztorys szczegółowy, do czego nie był zobowiązany. Zgodnie z pkt 12.6 SIWZ kosztorys w formie szczegółowej wraz z dołączonym zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu powinien złożyć przed zawarciem umowy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający nie może zatem traktować kosztorysu złożonego przez odwołującego jako ostatecznego i wiążącego oświadczenia i dokonywać na jego podstawie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zwraca przy tym uwagę brak refleksji zamawiającego nad ewentualną możliwością poprawienia oferty, do czego przed odrzuceniem zobowiązuje go przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający ocenił kosztorys w całkowitym oderwaniu od wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. W ocenie Izby czynniki wskazane przez odwołującego opisujące jego sytuację w szczególności o posiadanych zapleczy technicznym, zapasach urządzeń i materiałów uzasadniają niższe ceny w pozycjach obecnie kwestionowanych przez zamawiającego. Zwraca też uwagę, że zamawiający tezę o zaniżeniu wartości tych pozycji buduje wyłącznie na wartościach wynikających z kosztorysu inwestorskiego, z całkowitym pominięciem ich rzeczywistej wartości rynkowej. Zwraca przy tym uwagę, że zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień powołał się wyłącznie na wartość zamówienia, którą jak Izba ustaliła, zamawiający oszacował na podstawie kosztorysu inwestorskiego. O tym, że szacowana wartość nie odpowiada sytuacji na rynku świadczy fakt, że cena oferty odwołującego jest niższa o niespełna 18% od cen wszystkich złożonych ofert.

Żądania zamawiającego dotyczące stopnia szczegółowości wyjaśnień są nadmierne i nierealne. Obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu co do poprawności obliczenia ceny oferty nie zwalnia zamawiającego z obowiązku dowodowego, zwłaszcza gdy twierdzi on, że cena oferty została rażąco zaniżona. Cena rażąco niska to bowiem cena nierealna i nierynkowa. Okoliczności sprawy nie potwierdzają takiej oceny względem oferty odwołującego.

Z powołanych względów Izba nie nakazała zamawiającemu uzyskania wyjaśnień uzupełniających, gdyż wyjaśnienia z 10 września 2020 r. uznała za wystarczające. Po stronie odwołującego istnieją szczególnie korzystne warunki wykonywania zamówienia. W postaci lokalizacji, która wyróżnia go spośród wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę. Już same oszczędności z tego tytułu potwierdzają przewagę odwołującego i jej znaczenie dla ceny oferty. Izba nie dopatrzyła się żadnych podstaw do ich kwestionowania. Zamawiający zarzucając odwołującemu, że nie wiadomo, czy korzystne warunki wykonywania zamówienia w postaci dostępu do materiałów na korzystnych warunkach będą istnieć w momencie wykonywania zamówienia całkowicie traci z pola widzenia, że cena oferty jest obliczana na dzień złożenia oferty i stanowi zobowiązanie do wykonania zamówienia.

Z tych względów Izba uznała, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego w sytuacji upływu terminu związania odwołującego złożoną ofertą. Oferta odwołującego nie podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast

zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W ocenie Izby istnienie stanu związania ofertą oraz dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie, w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nią związany, ma znaczenie prawne, tak z punktu widzenia przepisów kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, jak i dla zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy nie są jednak spójne. Z instytucją przedłużenia terminu związania ofertą nie współbrzmie bowiem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje, że znajduje on zastosowania wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy. Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie na podstawie wymagań wynikających wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej zwrócił uwagę w związku z terminem związania ofertą TSUE w uzasadnieniu wyroku sprawie C-35/17 Saferoad Grawil i Saferoad Kabex. Orzeczenie to nie jest jedynie rozstrzygnięciem jednostkowego sporu. Pomimo zmiany stanu prawnego w stosunku do istniejącego w momencie zadania pytania prejudycjalnego stanowisko Trybunału zachowuje aktualność w odniesieniu do wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Dostrzec bowiem trzeba, że pytanie to była zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą, a zmiana stanu prawnego odnośnie kwestii eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą dokonaną nowelizacją Pzp z 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020 i 1920) polegała wyłącznie na zmianie kwalifikacji tej czynności zamawiającego. Według stanu sprzed nowelizacji (istniejącego w dacie zadania pytania prejudycjalnego) wykonawca, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, po nowelizacji oferta wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podlega odrzuceniu. Zmiany kwalifikacji czynności eliminacyjnej z podmiotowej na przedmiotową nie towarzyszyło zatem rozwiązanie dylematu dotyczącego konsekwencji braku przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy własnej wykonawcy oraz bytu prawnego takiej oferty.

Dostrzec też trzeba, że nowe Prawo zamówień publicznych w art. 252 ust. 2 dopuszcza możliwość wyboru oferty i udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą.

Pogląd ten jest również wyrażony w aktualnym orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyroki z 3 lipca 2020 r. sygn. Akt KIO 710/20, z 1 lipca 2020r. sygn. akt KIO 815/20, z 13 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1063/20, z 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1356/20, z 26 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1554/20 i KIO 1572/20, z 6 listopada 2020 r. KIO 2593/20)

Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a jak również art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 k.c., co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z ustawą wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 2.460 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Pouczenie o długości terminu na wniesienie skargi od orzeczenia Izby oraz ustalenie sądu okręgowego miejscowo właściwego do rozpatrzenia skargi wynika z art. 92 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) zgodnie z którymi w stosunku do odwołań wniesionych przed 1 stycznia 2021 roku zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowe, natomiast sądem okręgowym właściwym do rozpoznania skarg wniesionych po tej dacie jest Sąd Okręgowy w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**