Sygn. akt: KIO 3183/20
Sygn. akt: KIO 3185/20

WYROK
z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A.w dniu 2 grudnia 2020 r. przez Wykonawcę **Apis Polska Sp. z o.o. (ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław)**
B.w dniu 2 grudnia 2020 r. przez Wykonawcę **Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. (ul. Powstańców Listopadowych 29c/14, 35-606 Rzeszów)**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Urząd Miejski w Rabce-Zdroju (ul. Parkowa 2, 34-700 Rabka – Zdrój)**
przy udziale Wykonawcy **S. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. S. K. (ul. Słoneczna 24b, 34-700 Rabka – Zdrój)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3183/20 oraz KIO 3185/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. S. K. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Apis Polska Sp. z o.o. oraz oferty WykonawcyGłówny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. i nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z udziałem ofert tych Wykonawców
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Urząd Miejski w Rabce-Zdroju (ul. Parkowa 2, 34-700 Rabka – Zdrój)** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Apis Polska Sp. z o.o. (ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław)** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. (ul. Powstańców Listopadowych 29c/14, 35-606 Rzeszów)** tytułem wpisu od odwołania,
2.3. zasądza od Zamawiającego **Urząd Miejski w Rabce-Zdroju (ul. Parkowa 2, 34-700 Rabka – Zdrój)** na rzecz Odwołującego **Apis Polska Sp. z o.o. (ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław)** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
2.4. zasądza od Zamawiającego **Urząd Miejski w Rabce-Zdroju (ul. Parkowa 2, 34-700 Rabka – Zdrój)** na rzecz Odwołującego **Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. (ul. Powstańców Listopadowych 29c/14, 35-606 Rzeszów)** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. 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 **Nowym Targu**.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 3183/20
Sygn. akt: KIO 3185/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Rabka – Zdrój prowadzi postępowanieo udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa wodnego placu zabaw w Parku Zdrojowym"
Odwołujący Apis Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie artykułu 7 ust 1 i ust. 3 PZP w zw. z art 91 ust. 1 PZP oraz w zw. z art 2 pkt. 5 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się odrzuceniem oferty Apis Polska mimo, iż Wykonawca ten zaoferował najkorzystniejszą cenę, nie odbiegającą znacznie od cen kolejnego oferenta - wybranego przez Zamawiającego tylko kwotą 167.737,36 zł, która przewyższała budżet inwestora przeznaczony na ten cel (tj. w kwocie łącznie 1.500.000,00 zł), a także mimo iż odrzucony Wykonawca obalił domniemanie prawne, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę; art. 90 ust 3 w zw. z art 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Wykonawcę Apis Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego działającego zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenia oferty Apis Polska Sp. z o.o. pomimo, że Spółka udzieliła jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień, wskazując szczegółowo na główne elementy oferty i czynniki które to pozwoliły na obniżenie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny a okoliczności te wskazano w sposób nie budzący wątpliwości dla Zamawiającego, art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy PZP poprzez nie skierowanie do Odwołującego szczegółowego pytania czy dalszego wezwania do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego, co do złożonych wyjaśnień czy kwestii możliwości Wykonania zamówienia za oferowaną przez odwołującego cenę, art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez jego niewłaściwie zastosowanie, a co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie oferty Wykonawcy, która nie była ofertą rażąco niską w stosunku do pozostałych oferentów czy nawet przewidzianego na ten cel przez Zamawiającego budżetu, przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania czynności ponownej oceny oferty Odwołującego, prowadzenie postępowania, w szczególności dokonanie oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o szczegółowe wyjaśnienia w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 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 pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, *w* którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie udzielił wyjaśnień - wskazał, że oszczędności wykonania zamówienia oraz że możliwość zaoferowania takiej ceny przez Wykonawcę możliwa była z uwagi na fakt posiadania przez Wykonawcę określonych w SIWZ materiałów, takich jak: płyty granitowe (106 451,64 zł brutto), głazy skalne (96 678,00 zł brutto), osprzęt do technologii wody zgodny z przedstawionym SIWZ projektem zamiennym (427 622 55 zł brutto), półki fontanny skalnej (49.200,00 zł brutto), roślinność do wykonania nasadzeń zieleni (25.124,47 zł brutto), latarnie solarne (35.817,94 zł brutto), kule granitowe (121.032,00 zł brutto) za łączną cenę 861.266,60 zł brutto, co stanowi ok. 40% całości wartości projektu i ich wartość stanowi oszczędność Odwołującego.
Powyższe informacje zostały wskazane w wyjaśnieniu. Odwołujący wyjaśnił, że ceny poszczególnych pozycji były i są Zamawiającemu znane z urzędu, jako że wynikają one z inwentaryzacji powykonawczej i zestawienia kosztów wykonanych prac sporządzonej po odstąpieniu od umowy z Zamawiającym przez Wykonawcę i będących w posiadaniu Zamawiającego, co więcej posiadane przez Wykonawcę, materiały które wskazywał w wyjaśnianiu tak co do ilości jak i wartości wynikają wprost z pozycji przedmiarowych w dokumentacji przetargowej, a zatem w żadnym zakresie kwestie te nie mogły budzić wątpliwości Zamawiającego.
Odwołujący argumentował, że Zamawiający ma pełną wiedzę o tym że Wykonawca jest w posiadaniu wyżej wskazanych elementów wodnego placu zabaw, jako że Odwołujący rozpoczął wykonywanie zadania pn. „*Budowa wodnego placu zabaw w Parku Zdrojowym"*w związku z uzyskaniem pierwotnego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w 2019 r., kiedy to w dniu 12.06.2019r. zawarł z Zamawiającym umowę, przedmiotem której było wykonanie robót budowlanych i oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Na skutek odstąpienia Wykonawcy od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w dniu 22.05.2020r Wykonawca nie zamontował zamówionych i wykonanych już dla tej inwestycji indywidualnych elementów wodnego placu zabaw.
Odwołujący wskazał także, że istotną okolicznością wpływającą na obniżenie ceny jest fakt, że jest mu dobrze znana dokumentacja techniczna; sam produkuje zaoferowane urządzenia małej architektury, posiada własne zakłady stolarskie, ślusarskie, bogato Wyposażone w zaplecze maszynowe oraz lakiernię proszkową, posiada również do dyspozycji sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia m.in. specjalistyczny sprzęt branży drogowej, środki transportu, nie ponosi kosztów wynajmu hali produkcyjnej, biura, zaplecza maszynowego, środków transportu, jako że dysponuje nimi na zasadzie tytuły własności. Ponadto, istotnym jest że przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio niskim poziomie możliwe było także dzięki optymalizacji zatrudnienia przez zaangażowanie pracowników o wysokich kwalifikacjach i motywacji do pracy, w ilości minimalnej jaka jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania kontraktu (wykonawca składając oświadczenia do oferty zapewnił, że nie narusza przepisów w zakresie wynagradzania pracowników, którzy to otrzymują wynagrodzenie ponad najniższą krajową), centralnej obsłudze finansowo-księgowej, centralnej obsłudze prawnej, optymalizacji cen zakupu materiałów realizowanych przez Dział Zakupów, który jest w stanie na etapie realizacji wynegocjować ceny niższe nawet o co najmniej 17% od ofert wyjściowych.
Odwołujący wskazał także, że wpływu na cenę nie miały okoliczności takie jak: pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów. Jak dalej wskazał Odwołujący: „Odnosząc się natomiast do pkt. 3, 4 i 5 zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 28.10.2020r. to udzielenie odpowiedzi było co najmniej niemożliwe, jako że Zamawiający nie sprecyzował swojego żądania, zapytanie wyrwane z kontekstu - treść jest dla Wykonawcy niezrozumiała".
Oferta Odwołującego została odrzucona została mimo, że jak wskazał Odwołujący, przedstawił na wezwanie Zamawiającego obszerne wyjaśnienia, które spełniały w pełni wskazane w wezwaniu wymagania.
Odwołujący wskazał także następujące okoliczności: Zamawiający na realizację przedmiotowego zadania zamierza przeznaczyć kwotę 1.500 000, 00 zł. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego opiewającą na kwotę 1.667 737, 36 zł, a także ofertę Głównego Ośrodka Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. na kwotę 1.965 663,30 zł. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta lokalnego przedsiębiorcy F.H.U. K. S. K. na kwotę 2.641 171, 80zł, która o ponad milion złotych przewyższa kwotę środków finansowych jakie Zamawiający w oparciu o kosztorys inwestorski zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania.
W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp i nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień doprecyzowujących w przedmiocie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie dołożył należytej staranności w zweryfikowaniu i uzyskaniu informacji jeżeli powziął jakiekolwiek wątpliwości po otrzymaniu stanowiska Odwołującego.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Podtrzymał w całości stanowisko wyrażone w odrzuceniu oferty Odwołującego. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.
W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że nie jest uzasadnione twierdzenie, że Zamawiający na realizację inwestycji zaplanował budżet w wysokości 1.500.000 złotych. Jak wynika z kosztorysu inwestorskiego, Zamawiający oszacował, że wartość całej inwestycji wynosi 2.393.672,64 złotych, a kwota 1.500.000 złotych była jedynie kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 Pzp. W przypadku niniejszego przetargu kwota wskazana przez Zamawiającego jako kwota zamierzona do przeznaczenia na realizację całości zadania równa była kwocie zaplanowanej w budżecie Zamawiającego na realizację inwestycji w tym roku, co nie zmienia faktu, że Zamawiający mając do tego prawo zakładał zwiększenie tej kwoty w budżecie przyszłorocznym, który nie został jeszcze uchwalony na dzień składania oświadczenia w tym zakresie. Wobec powyższego cena inwestycji podana przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie była znacząco niższa niż koszt wykonania inwestycji szacowany przez Zamawiającego w kosztorysie, który uwzględnia rynkowe ceny prac i materiałów. Zamawiający wskazał także, że Odwołujący nie kwestionuje cen podanych przez Zamawiającego w kosztorysie, nie uzasadnił nie wykazał które ceny przyjęte w kosztorysie przez Zamawiającego miałyby być zawyżone, nierynkowe. Nie dał więc Zamawiającemu możliwości odniesienia się do zaoferowanej ceny w kontekście przyjętego kosztorysu.
W odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający wskazał, że Odwołujący wprawdzie złożył wyjaśnienia w kwestii wysokości zaoferowanej przez siebie ceny, jednak nie jest to równoznaczne z obaleniem istniejącego domniemania prawnego wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożone wyjaśnienia nie tłumaczyły, w jaki sposób Odwołujący obliczył cenę, którą zawarł w swojej ofercie.
Zdaniem Zamawiającego, złożone wyjaśnienia nie tylko miały ogólny charakter, właściwszy ogólnym zapewnieniom niż wyjaśnieniom, ale też nie zawierały żadnych konkretnych kalkulacji czy dowodów potwierdzających przedstawione twierdzenia. W treści wyjaśnień, inaczej niż w treści odwołania, Odwołujący nie wskazał jaką przyjął cenę poszczególnych określonych w SIWZ materiałów, których wartość stanowić miała jego oszczędność. Materiały te zostały jedynie wymienione bez podania jakichkolwiek wartości dotyczących ich ilości. Zawarte wyliczenie miało charakter przykładowy, na co wskazuje użycie zwrotu „takich jak" Zamawiający nie miał podstaw aby samodzielnie przyjąć jakiekolwiek ceny tych

materiałów czy precyzować ich ilość, gdy nie wynikało to z pisma Odwołującego. Za bezzasadne uznał Zamawiający twierdzenie, że ceny były Zamawiającemu znane z urzędu. Zamawiający wskazał, że składając ofertę Odwołujący mógł przyjąć dowolne ceny tych materiałów, a fakt, że określone wartości danych obiektów zostały przyjęte w inwentaryzacji powykonawczej czy zestawieniu kosztów wykonanych prac sporządzonym po odstąpieniu od innej umowy łączącej wcześniej Zamawiającego i Odwołującego, nie ma wpływu na aktualnie toczące się postępowanie. Pogląd Odwołującego, że Zamawiający powinien sam określić cenę oferowanych materiałów na podstawie dokumentacji związanej z realizacją innej umowy nie znajduje podstaw w przepisach prawa, a gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z tym stanowiskiem Odwołującego, to doszłoby do sytuacji, w której sam określiłby wartość elementów składanej oferty. W konsekwencji Zamawiający uznał, że bezzasadne jest twierdzenie, że Odwołujący obalił domniemanie prawne wynikające z art. 90 ust. 2 Pzp, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.
Zamawiający zauważył, że w treści przesłanych wyjaśnień Odwołujący sam ogólnikowo przyznał, że nie uwzględnił w swojej ofercie ceny części materiałów koniecznych do realizacji zlecenia. Wskazał wprost, że posiada zapasy magazynowe, których wartość wynosi „40% całości projektu i ich wartość stanowi naszą oszczędność". Wyjaśnienie to w opinii Zamawiającego nie jest w pełni zrozumiałe, nie wiadomo czy w ofercie Wykonawca przyjął jakąkolwiek wartość tych materiałów, czy też przyjął wartość zerową. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wywiódł, że wykonawca nie może oferować usługi materiałów nieodpłatnie, co stanowiłoby podstawę do postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji. Jest to również dowód na zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów. Zdaniem Zamawiającego zatem, Wykonawca niezależnie od tego, czy przyjął wartość zerową materiałów, czy uznał minimalne ceny materiałów, nieprawidłowo dokonał kalkulacji ceny, uznając że wartość tych materiałów może wskazać poniżej wartości rynkowej. W takiej sytuacji Odwołujący sam wykazał, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rażąco zaniżoną i nie koresponduje z rynkowymi kosztami planowanej inwestycji.
Dalej Zamawiający argumentował, że w sytuacji, gdy z w wyjaśnień wynikało, że Odwołujący przygotowując swoją ofertę świadomie nie uwzględnił w niej kosztów części materiałów, to należało przyjąć, że tym samym przyznał, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i zaoferowana cena nie jest ceną rynkową. W opinii Zamawiającego z wyjaśnień Odwołującego wynikało, że zaoferował taką cenę, która odbiegała od reguł rynkowych. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie były dostatecznie szczegółowe i nie pozwalały Zamawiającemu na dokonanie głębszej ich analizy umożliwiającej przyjęcie ceny jako rynkowej. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że odrzucając ofertę Odwołującego, postąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dokonana ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień była trafna i zasadna.
Zamawiający powołał się na stanowisko doktryny, zgodnie z którym Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Jednocześnie na Zamawiającym nie ciąży ustawowy obowiązek wzywania do uzupełniania złożonych wyjaśnień, w szczególności nie statuuje go wskazany przez Odwołującego art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Wobec tego, że Zamawiający uznał wyjaśnienia przesłane przez Odwołującego za niekonkretne i zdawkowe to formułowany przez Odwołującego zarzut, dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień, jest w opinii Zamawiającego bezzasadny. W sytuacji gdyby do takiego wezwania doszło, Zamawiający naruszyłby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający podkreślił, że wezwanie do złożenia wyjaśnień sformułowane było dostatecznie precyzyjnie i bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie sformułował szczegółowego pytania.
Zdaniem Zamawiającego argumenty przedstawione w odpowiedzi na wcześniejsze zarzuty odnoszą się także to ostatniego zarzutu i dowodzą, że także i on jest w pełni bezzasadny.
Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Wykonawcę, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że Wykonawca udzielił wyjaśnień w tym zakresie i wskazał na czynniki, które miały wpływ na obniżenie ceny; art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, co przejawiało się odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo iż oferta tego Wykonawcy była niższa od oferty Wykonawcy wybranego; art. 89 ust 1 pkt. 4 PZP poprzez jego niewłaściwie zastosowanie, a co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która nie była ofertą rażąco niską w stosunku do pozostałych oferentów.
Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, dokonanie oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania, dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego wskazując, iż cena jego oferty wynosząca 1 965 663,30 zł brutto skalkulowana została prawidłowo z uwzględnieniem wszystkich czynności opisanych w SIWZ, a także osiągnięcia założonego zysku, jest też wyższa o przeszło 23% niż rynkowy koszt wykonania zamówienia wyliczony przez Zamawiającego, który na realizację przedmiotowego zadania zamierza przeznaczyć 1 500 000,00 zł. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie wskazał, że skalkulował cenę w sposób rynkowy, zawarł w niej wszystkie koszty wykonania zamówienia zakładając w niej zysk. Cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej z uwagi na czynniki, które mają wpływ na jej obniżenie: sprzyjające dla wykonawcy warunki wykonania zamówienia związane z możliwością zakupu w preferencyjnych cenach (wynegocjowane upusty i rabaty) materiałów, urządzeń, narzędzi i innych elementów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, niższych kosztów pracy w porównaniu do innych regionów kraju o około 15% do 30% (dane GUS), z uwzględnieniem, iż nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego w Ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę z dnia 10 października 2002 roku (Dz.U. z 2018poz. 2177), ze względu na to, że siedziba spółki znajduje się w województwie podkarpackim, optymalizacji procesu inwestycyjnego poprzez wykorzystanie potencjału podwykonawców - firm specjalistycznych danej branży, posiadającym niezbędny sprzęt, kadrę i doświadczenie przy realizacji prac o podobnym zakresie i stopniu trudności, szczególnie w zakresie prac związanych z wykonaniem; instalacji elektrycznych i oświetlenia, fontann wraz z technologią uzdatniania wody, instalacji sanitarnych, prac ziemnych i brukarskich, prac zieleniarskich związanych z wykonaniem nasadzeń i trawników.
Okoliczności takie jak pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów nie miała wpływu na cenę.
Mimo złożonych wyjaśnień, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.
Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wskazał, że jeżeli wyjaśnienia Wykonawcy budziły wątpliwości, Zamawiający mógł go wezwać do ich wyjaśnienia, czego jednak nie uczynił.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że podtrzymuje w całości stanowisko wyrażone w

odrzuceniu oferty Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania.
W pierwszej kolejności wyjaśnił, że z kosztorysu inwestorskiego w niniejszym postępowaniu wynika, że Zamawiający oszacował, że wartość całej inwestycji wynosi 2.393.672,64 złotych, a kwota 1.500.000 złotych była jedynie kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 PZP. Zamawiający wyjaśnił, że kwota wskazana przez Zamawiającego jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację całości zadania równa była kwocie zaplanowanej w budżecie Zamawiającego na realizację inwestycji w tym roku co nie zmienia faktu, że Zamawiający mając do tego prawo zakładał zwiększenie tej kwoty w budżecie przyszłorocznym, który nie został jeszcze uchwalony na dzień składania oświadczenia w tym zakresie. Wobec powyższego cena inwestycji podana przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie była znacząco niższa niż koszt wykonania inwestycji szacowany przez Zamawiającego.
W odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie spełniły wymogów nakreślonych przez orzecznictwo. Nie tylko miały ogólny charakter, bliższy ogólnym zapewnieniom niż wyjaśnieniom, ale też nie zawierały żadnych konkretnych kalkulacji czy dowodów potwierdzających przedstawione twierdzenia, poza załączonym raportem Głównego Urzędu Statystycznego dotyczącym regionalnego zróżnicowania wynagrodzeń w Polsce. Z dokumentu tego istotnie wynika, że w województwie podkarpackim, gdzie siedzibę ma Odwołujący, mediana wynagrodzeń wypłacanych w 2014 roku była najniższa w Polsce, oraz że pracownicy z tego województwa zarabiali statystycznie najmniej, jednak za tą informacją nie były związane żadne dalsze kalkulacje. Odwołujący nie wskazał, jaką dokładnie oszczędność uzyska wypłacając swoim pracownikom wynagrodzenia niższe niż konkurencyjne podmioty. Nie przedstawił żadnych szacunkowych danych co do ilości roboczogodzin koniecznych do realizacji inwestycji ani wysokości prognozowanych wynagrodzeń zatrudnionych przez siebie pracowników. Bez przedstawienia takich wyliczeń załączony raport nie mógł stanowić argumentu, który można było kompleksowo ocenić. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego uzasadnione jest twierdzenie, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z art. 90 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ocena jego wyjaśnień była prawidłowa.
W odniesieniu do kolejnych zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, że sformułowana przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W jego ocenie nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę jest naruszeniom zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający zauważył, że na Odwołującym ciążył ciężar dowodu wynikający z art. 90 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie obalił domniemania prawnego. W takiej sytuacji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP było w pełni uzasadnione i nie stanowiło naruszenia zasad uczciwej konkurencji.
Zamawiający w konsekwencji stwierdził, że jego decyzja o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia była słuszna i w pełni uzasadniona.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Sygn. akt: KIO 3183/20

Odwołanie podlegało uwzględnieniu.
Zamawiający nie sprecyzował w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, jakie dokładnie elementy powinny stanowić przedmiot wyjaśnień. Skierowane do Wykonawcy Apis Polska sp. z o.o. wezwanie ma charakter ogólny, stanowi przepisanie jednego z artykułów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z całą pewnością Zamawiający nie wyartykułował, że oczekuje od Wykonawcy przedstawienia kalkulacji.
Tym samym Wykonawca w odpowiedzi na ogólne wezwanie Zamawiającego, miał prawo przedstawić takie okoliczności, które w jego ocenie wpływały na sposób skalkulowania przez niego ceny. Istotne znaczenie ma okoliczność, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. W treści SIWZ Zamawiający nie przedstawił wymagań odnośnie złożenia przez wykonawców kosztorysu. Tym bardziej nie jest jasne, dlaczego i jakiej kalkulacji oczekiwał Zamawiający na etapie wyjaśnień.
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, że Wykonawca nie obalił domniemania prawnego wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie jest jednak jasne, bowiem Zamawiający tego nie wyjaśnił, dlaczego Zamawiający uznał, że powstało domniemanie, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień stanowił artykuł 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z artykułu tego wyraźnie wynika, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Tymczasem nie jest wiadomo, dlaczego cena zaoferowana przez Odwołującego wydała się Zamawiającemu rażąco niska, dlaczego wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Już sam ten fakt pokazuje brak podstawy do przyjęcia domniemania rażąco niskiej ceny.
Wątpliwość co do wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny powiększa również fakt, że Zamawiający przewidział na realizację zamówienia kwotę 1.500.000 złotych. Skoro Zamawiający zdecydował się zabezpieczyć taką właśnie kwotę na realizację zamówienia, z pewnością nie uznał jej za rażąco niską. Trudno bowiem przyjąć, aby Zamawiający zdecydował się przyjąć możliwość realizacji zadania za kwotę rażąco niską. Zatem skoro kwota 1.500.000 złotych za realizację zamówienia nie wydawała się Zamawiającemu rażąco niska (a wręcz realna, skoro taką przewidział na realizację zamówienia), to tym bardziej cena zaoferowana przez Wykonawcę w wysokości 1.667.737,36 zł nie powinna powodować powstania domniemania o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez Wykonawcę.
Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że Wykonawca Apis Polska sp. z o.o. przedstawił w treści wyjaśnień okoliczności, które w jego ocenie miały wpływ na dokonaną przez niego kalkulację ceny. W treści wyjaśnień wskazał na oszczędność wynikającą z faktu posiadania materiałów, które są wymagane w niniejszym postępowaniu, dedykowane specjalnie dla tego zamówienia, które wcześniej już zostały nabyte przez Wykonawcę w ramach realizowanej dla tego Zamawiającego umowy. Zamawiający w odniesieniu do tego argumentu wskazał, że „Odwołujący nie wskazał jaką przyjął cenę poszczególnych określonych w SIWZ materiałów, których wartość stanowić miała jego oszczędność. Materiały te zostały jedynie wymienione bez podania jakichkolwiek wartości dotyczących ich ilości". Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „Odwołujący sam ogólnikowo przyznał, że nie uwzględnił w swojej ofercie ceny części materiałów koniecznych do realizacji zadania. Wskazał wprost, że posiada zapasy magazynowe, których wartość wynosi „40% całości projektu i ich wartość stanowi naszą oszczędność." Wyjaśnienie to nie jest w pełni zrozumiałe, nie wiadomo czy w ofercie Wykonawca przyjął jakąkolwiek wartość tych materiałów, czy też przyjął wartość zerową".
W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał natomiast, że Zamawiający nie może podpowiadać wykonawcy, co powinien wyjaśnić, bowiem stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, Zamawiający myli pojęcie „podpowiadania wykonawcy, co powinien wyjaśnić", z określeniem przez Zamawiającego zakresu wyjaśnień, wskazaniem wątpliwości, czy zadaniem dodatkowych pytań. Właśnie powyżej wskazane cytaty z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie potwierdzają, że w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wyjaśnienia, ale dla Zamawiającego pozostają jeszcze

niejasne pewne okoliczności, powinien je wyjaśnić. Skoro zatem Zamawiający nie miał wiedzy, czy: „w ofercie Wykonawca przyjął jakąkolwiek wartość tych materiałów, czy też przyjął wartość zerową" to te okoliczność powinien wyjaśnić. Co więcej, Odwołujący wskazywał na szczególne okoliczności w niniejszym postępowaniu, których Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę. Skoro bowiem istnieją rozliczenia pomiędzy stronami (co jest okolicznością bezsporną), skoro istnieje inwentaryzacja materiałów, to rzeczywiście Zamawiającemu znane są ceny poszczególnych materiałów na tyle, aby ocenić, czy ustalić, czy cena nie została zaniżona. Sporządzona inwentaryzacja, w tym przyjęty koszt materiałów stanowi dowód na wysokość kosztów w zakresie tych materiałów. Jeśli Zamawiający oczekiwał szczegółowej kalkulacji, jak wskazano powyżej, powinien o taką kalkulację wystąpić. Wykonawca w treści wyjaśnień nigdzie nie wskazał (a co sugeruje Zamawiający), że w swojej kalkulacji nie uwzględnił kosztów materiałów. Zamawiający wskazał (co wynika z przytoczonego powyżej cytatu z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie), że miał wątpliwości w tym zakresie. Ponownie należy wskazać, że wątpliwości Zamawiający powinien wyjaśnić.
Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał: „Wykonawcy nie spełnili wymagań co do szczegółowości wyjaśnień. Zamawiający nie mógł zatem zbadać, czy wartość została przez nich prawidłowo oceniona." To stwierdzenie Zamawiającego ukazuje sposób postępowania Zamawiającego. Zamawiający skierował ogólne wezwanie do wyjaśnień, nie określił, co budzi jego wątpliwości, nie wskazał, co dokładnie mają wykonawcy wyjaśnić, nie żądał przedstawienia kalkulacji – tak na etapie SIWZ, jak i na etapie wezwania do wyjaśnień. Jednocześnie jako podstawę odrzucenia oferty wskazał brak spełnienia wymagań co do szczegółowości wyjaśnień – podczas gdy takich wymagań nie określił i nie sprecyzował. Sformułowanie użyte przez Zamawiającego: „Zamawiający nie mógł zatem zbadać, czy wartość została przez nich prawidłowo oceniona" oznacza, że Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Wykonawcy z uwagi na rażąco niska cenę. Rolą Zamawiającego jest właśnie zbadać, czy oferta została prawidłowo wyceniona, zanim dokona odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie rażąco niskiej ceny.
Powyższe okoliczności wskazują, że Zamawiający nie miał podstawy, aby odrzucić ofertę Wykonawcy Apis Polska sp. z o.o. Zamawiający nie wykazał żadnych przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, że oferta Wykonawcy Apis Polska sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę. Tym samym zasadne okazały się zarzuty postawione w odwołaniu.
Sygn. akt: KIO 3185/20
Odwołanie podlegało uwzględnieniu.
Zgodnie z artykułem 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 przedmiotu 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.
Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego zaoferowana przez Wykonawcę Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru sp. z o.o. cena wydawała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, dlaczego budziła wątpliwości Zamawiającego.
Nawet bez dokonywania obliczeń, cena zaoferowana przez Wykonawcę Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru sp. z o.o. w wysokości 1.965.663,30 zł nie odbiega zacznie od ceny oszacowanej przez Zamawiającego w wysokości 2.393.672,64 złotych. Nawet nie dokonując żadnych obliczeń widać, że zaoferowana cena nie obiega o 30% od wartości szacunkowej Zamawiającego. Nie odbiega także od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu. Ponadto, jak wskazywał Wykonawca, Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1.500.000 złotych. Skoro Zamawiający zdecydował się zabezpieczyć taką właśnie kwotę, z pewnością nie uznał jej za rażąco niską. Trudno bowiem przyjąć, aby Zamawiający zdecydował się przyjąć możliwość realizacji zadania za kwotę rażąco niską. Zatem skoro kwota 1.500.000 złotych za realizację zamówienia nie wydawała się Zamawiającemu rażąco niska, to tym bardziej nie jest rażąco niska zaoferowana przez Wykonawcę cena w wysokości 1.965.663,30 zł.
Twierdzenia Zamawiającego o ewentualnym zwiększeniu kwoty na realizację zamówienia nie zostały poparte dowodami. Zamawiający żądał przedstawienia przez Wykonawców dowodów, tymczasem samodzielnie nie przedstawia żadnych dowodów w postępowaniu odwoławczym w kwestiach mających fundamentalne znaczenie.
Zamawiający w treści uzasadnienia wskazał, że Wykonawca nie obalił domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Nie jest jednak jasne, skąd u Zamawiającego powstało takie domniemanie. Nie tylko wartość oferty w stosunku do kwoty szacunkowej Zamawiającego przeczy takiemu domniemaniu (o czym powyżej), ale także brak uzasadnienia przez Zamawiającego tej okoliczności.
Istotne znaczenie ma sposób wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wezwanie to stanowiło jedynie przepisanie przepisu prawa. Tymczasem, jeśli Zamawiający oczekiwał konkretnych wyjaśnień, powinien wskazać, czego oczekuje, co konkretnie budzi jego wątpliwości. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał się na jeden z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2012 roku o sygnaturze akt KIO 2712/12, LEX nr 1254845, „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen". Należy zauważyć, że w treści wezwania Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia kosztów pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marży wykonawcy, zatem nie jest uzasadnione wskazywanie na takie czynniki obecnie.
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie podniósł także, że Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji. Tymczasem Zamawiający w treści wezwania nie wskazał, że oczekuje od Wykonawcy kalkulacji. Nie określił, kalkulację jakich elementów powinien wykazać Wykonawca w treści wyjaśnień. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. W treści SIWZ Zamawiający nie przedstawił wymagań odnośnie złożenia przez wykonawców kosztorysu. Tym bardziej nie jest jasne, dlaczego i jakiej kalkulacji oczekiwał Zamawiający na etapie wyjaśnień. Zamawiający w treści wezwania wskazał na ogólne okoliczności. W ten sam sposób udzielił wyjaśnień Wykonawca. Z tego względu Zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na ogólny charakter wyjaśnień, czy brak kalkulacji, skoro ogólne było wezwanie do złożenia wyjaśnień i brak w nim było żądania przedstawienia kalkulacji. Zamawiający nie wykazał żadnych przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, że oferta Wykonawcy Główny Ośrodek Certyfikacji i Nadzoru sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę.
Biorąc pod uwagę całokształt powyżej wskazanych okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....