Sygn. akt: KIO 3192/20

WYROK
z dnia 29 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Truskawiu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. F., P. F. i P. F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL S.C. M. F., P. F., P. F. w Milęcinie przystępujących po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym:

1.1.ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. F., P. F. i P. F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL S.C. M. F., P. F., P. F. w Milęcinie,

1.2.ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, na kanwie art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. M. D. w Zaborowie,

2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Truskawiu i:

3.1.zalicza na poczet kosztów kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od Gminnego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Truskawiu na rzecz konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. w Warszawie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 29 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 3192/20

Zamawiający – Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o., ul. Mokre Łąki 8 Truskaw, 05-080 Izabelin – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w ul. Sierakowskiej i ul. Abrahama w Sierakowie - etap II", ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 155 – 380152, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 grudnia 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Rokom Sp. z o.o. i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie obrzucenia ofert wykonawców Martel oraz Usługi Transportowe pomimo, że zawierają rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2.naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Martel pomimo, że treść złożonych przez wykonawcę Martel wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca zarówno dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu technologii wprost niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Analogicznie w odniesieniu do wykonawcy Usługi Transportowe, który wykazał, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ.
3.naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty

najkorzystniejszej, jako obarczonego wadą mającą wpływ na wynik postępowania, odrzucenia oferty wykonawców M. F., P. F. i P. F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL S.C. M. F., P. F., P. F. w Milęcinie (zwanego także „wykonawcą Martel") oraz oferty wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. M. D. w Zaborowie (zwanego także jako „wykonawca Usługi Transportowe") oraz powtórzenia oceny ofert, co spowoduje wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący przywołał postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia, sposobu obliczenia ceny, ukształtowania wynagrodzenia, ranking ofert oraz treść wezwania do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy Martel i wykonawcy Usługi Transportowe, a następnie – w przedmiocie oferty wykonawcy Martel –podniesiono, iż wyjaśnienia ceny potwierdzają zaniżony, nierealny i nierynkowy charakter zaoferowanej kwoty. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia są lakoniczne, ograniczają się do podania ogólnych kosztów, którymi zamawiający dysonował już w formularzu ofertowym wykonawcy.

W opinii odwołującego w wyjaśnieniach pominięto koszty odwodnienia, a w formularzu ofertowym jest to drastycznie zaniżony koszt na poziomie 4 000,00 zł. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, dokonali wyceny kosztu w następujący sposób: Usługi Transportowe 70 000,00 zł, odwołujący 273 000,00 zł, M. 205 680,00 zł, Instal-Bud 72 118,00 zł. Zatem wycena tego istotnego elementu składowego ceny została ustalona na poziomie nierealnym, a wykonawca pominął całkowicie tą pozycję, czym w ocenie odwołującego potwierdził, że nie był w stanie udzielić w tym zakresie wyjaśnień, które pozwoliłyby na wykazanie rynkowego charakteru wyceny.

Odwołujący wskazał dalej, że w wyjaśnieniach pominięto informacje wymagane przez zamawiającego w treści wezwania, w zakresie ilości powierzchni terenu przyjętych do odtworzenia (pkt 7 i pkt 8 wezwania). Zamawiający przewidział w przedmiarach 1.800 m2 odtworzenia nawierzchni bitumicznych oraz 612 m2 odtworzenia nawierzchni z tłucznia kamiennego. Pozycja ta stanowi istotny element składowy wyceny, a informacja na temat zarówno ilości przewidzianej nawierzchni, jaki szczegółowych informacji nt. sposobu wyliczenia tego elementu zamówienia oraz źródeł tych kosztów, została w wyjaśnieniach całkowicie pominięta. Dla porównania przyjęte w formularzu ofertowym poszczególnych wykonawców koszty odtworzenia nawierzchni wynoszą: Martel 9 800,00 zł, Usługi Transportowe 70 000,00 zł, odwołujący 290 000,00 zł, M. 187 365,00 zł, Instal-Bud 305 764,00 zł. Wycena wskazanej pozycji ma ponownie charakter rażąco zaniżony, a wręcz symboliczny i została ustalona na poziomie nierealnym.

Wykonawca Martel w zakresie przyjętych kosztów pracy wskazał: roboczogodziny (9 ludzi x 168 dni x 10 godz. x 25,00 zł) – 378 000,00 zł, koszty pracy kierownika (180 dni x 400,00 zł) – 72 000,00 zł. Zatem pracownicy przez okres 6 miesięcy przepracują, każdy z nich, 1680 godzin, co daje w przeliczeniu na miesiąc 280 godzin pracy. W ramach wykonania zamówienia wykonywana będzie ciężka fizyczna praca, cały czas na otwartej przestrzeni, w niesprzyjających warunkach atmosferycznych, w okresie zimowo/wiosennym. Wyliczenia są więc niewiarygodne i podane w celu matematycznego wykazania, że nie zawierają rażąco niskiej ceny. Oferta nie zawiera informacji nt. źródeł powyższych kosztów, w tym dowodów – przykładowo umów o pracę, itp. Dodatkowo brak jest informacji o jakie stawki chodzi – czy wartość 378 000,00 zł jest wartością netto czy brutto, a także czy wykonawca uwzględnił zmianę kosztów pracy w związku z wejściem w życie nowych stawek minimalnych, od stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie wzrośnie i wyniesie 2 800,00 zł, to wzrost o 200,00 zł w porównaniu z 2020 r. zaś do 18,30 zł wzrośnie też minimalna stawka godzinowa.

Odwołujący wskazał dalej, że w wyjaśnieniach ceny podano, że praca sprzętu to koszt 300,00 zł i sprzęt będzie pracował 168 dni. Praca sprzętu (168 dni x 8 godz. x 300,00 zł). Nie wiadomo, czy to tylko samochody, czy też koparki, ładowarki, zagęszczarki. Informacja ta pomija faktycznie informacje nt. kosztów pracy sprzętu. Sama stawka jest stawką bliżej niezidentyfikowanego sprzętu, w dodatku niezróżnicowaną, pomimo że koszty pracy różnych jednostek sprzętu są, jak powszechnie wiadomo, różnorodne. Wykonawca w treści wyjaśnień, zamiast przedstawić szczegółowe informacje dotyczące sprzętu przewidzianego do użycia w celu wykonania zamówienia – jego identyfikacji, podania rodzajów, ilości oraz założonych dla potrzeb kalkulacji kosztów pracy, w tym kosztów obsługi – operatorów, podaje stawkę w celu wykazania, że koszt w tym zakresie został założony. Nie wiadomo więc, w jaki sposób została ustalona powyższa stawka, a nawet czego dokładnie dotyczy. Do wyceny przyjęto założenie pracy jednej jednostki bliżej nieokreślonego sprzętu w czasie 8 godzin, w przypadku gdy zespoły robocze maja już założenia pracy dziennej o dwie godziny dłuższe. W ocenie odwołującego wyjaśnienia ceny faktycznie pomijają prezentację źródeł kosztów pracy sprzętu, przy czym także ten koszt w cenie oferty nie ma charakteru marginalnego, a podane informacje są praktycznie bezużyteczne z puntu widzenia oceny realności wyceny ofertowej.

Ponadto wykonawca Martel dołączył do wyjaśnień zestaw korespondencji zawierającej wyceny ofertowe różnorodnego materiału. Z lektury dokumentów dla odwołującego wynika, że załączone dowody nie dotyczą przedmiotowej inwestycji. Dodatkowo brak jest dowodów w zakresie ceny materiałów do odtworzenia nawierzchni. Złożone dowody nie zawierają również znacznej ilości materiałów kanalizacyjnych (m.in. brak materiałów na zasypki, brak hydrantów i kształtek żeliwnych w wodociągu, brak rur PCV sr. 160 mm w kanalizacji). Złożone wyceny są niekompletne, niespójne i nie mogą stanowić wymaganego przez zamawiającego dowodu na rzetelną kalkulację ceny ofertowej wykonawcy.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. co do oferty Martel, odwołujący zauważył, że w zakresie technologii wykonania kanalizacji grawitacyjnej oraz części sieci wodociągowej SIWZ przewiduje wykonanie ich metodą wykopu otwartego. W trakcie postępowania, przed składaniem ofert, zamawiający udzielał w dniu 8.09.2020 r. wyjaśnień w zakresie technologii wykonania sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej w następujący sposób. Pytanie nr 1: czy zamawiający wyrazi zgodę na wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej metodą przewiertów sterowanych przy zastosowaniu rur PE SDR17 RC o profilu zgodnym z projektami? Odpowiedź: zamawiający dopuszcza wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej metodą przewiertów sterowanych przy zastosowaniu rur PE SDR17 RC o profilu zgodnym z projektami. Według odwołującego z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający wyraził zgodę na wykonanie przewiertów sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej odpowiednimi rurami. Tymczasem te zakresy prac były przewidziane już pierwotnie w dokumentacji jako przewierty – jednakże w treści wyjaśnień nie ma mowy o kanalizacji grawitacyjnej, a ta z kolei jest przewidziana w całości do wykonania wykopami otwartymi. Zostało to również odpowiednio wydzielone w formularzu ofertowym, gdzie roboty wyszczególnione w pkt 7 (część sieci wodociągowej) oraz w pkt 12 i 13 (kanalizacja grawitacyjna i odrzuty kanalizacji grawitacyjnej) należało wykonać wykopami otwartymi.

Według odwołującego treść złożonych przez wykonawcę Martel wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia, przy zastosowaniu technologii wprost niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy: „jedynie przejścia poprzeczne odrzutów i przejścia poprzecznego kanalizacji znajdują się pod droga asfaltową, lecz wykonywane będą przeciskami z jak najmniejszą ingerencją w nawierzchnię". W ofercie wykonawcy nie wskazano żadnych materiałów równoważnych, natomiast z

powyższej treści wyjaśnień ceny wynika wprost, że przejścia poprzeczne odrzutów i przejścia poprzecznego kanalizacji, znajdujące się pod drogą asfaltową, wykonywane będą przeciskami z jak najmniejszą ingerencją w nawierzchnię.

Natomiast zamawiający przewidział wykonanie tych elementów technologią wykopu otwartego, przewidział w przedmiarach i w dokumentacji przetargowej odtworzenie nawierzchni bitumicznych w ilości 1.800 m2 oraz przewidział odtworzenia poboczy i dróg gruntowych w ilości 612 m2. Nie można wykonać przewiertu przejść poprzecznych odrzutów i przejść poprzecznych kanalizacji tylko rurami kanalizacyjnymi przewidzianymi w dokumentacji, która wskazywała wprost na konieczność wykonania tego elementu sieci kanalizacyjnej wykopem otwartym, bez zastosowania materiałów równoważnych i dodatkowych, np. rur osłonowej. A koszty, które zostaną poniesione dodatkowo do wykonania przecisku to m.in. wybudowanie komór startowych, ich odwodnienie i zabezpieczenie, koszt wykonania przewiertów, koszt materiałów równoważnych i dodatkowych m.in. rura osłonowa, koszt zasypania komór startowych, koszt odtworzenia nawierzchni po likwidacji komór startowych koszt transportu wiertnicy do przewiertów. Oferta uwzględnia więc niezgodny z SIWZ sposób realizacji robót i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Dodatkowo, wykonawca nie przedstawił w powyższym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, ani dowodów.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący postawił zarzuty w stosunku do oferty wykonawcy Usługi Transportowe, który również został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, które zdaniem odwołującego nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, a wręcz potwierdzają, że wycena ofertowa ma zaniżony i nierealny i nierynkowy charakter.

Odwołujący przywołał wyjaśnienia wykonawcy i podniósł, że okoliczności w nich wskazane nie potwierdzają możliwości obniżenia ceny, tj. – zamiar wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ – okoliczność nie ma żadnego znaczenia dla podstaw wyceny, skoro jest to obowiązek każdego z wykonawców, – znajomość warunków gruntowych – dane te są zawarte w dokumentacji i to ona jest podstawą kalkulacji, na tej zasadzie wykonawca mógłby przykładowo twierdzić, że odwodnienie będzie zbędne według jego wiedzy, – bycie firmą lokalną – wykonawca nie wykazał, w jaki konkretny sposób przekłada się to na tak znaczące obniżenie ceny, – zatrudnienie personelu – wykonawca wyłącznie oświadcza, że zatrudnia personel i spełnia wymagania prawa, wyjaśnienie nie zawiera w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Wyjaśnienia zawierają kalkulację kosztów, tym niemniej z dokumentów nie wynika, czy zamówienia generuje jakikolwiek zysk. Pozostało to w ramach zapewnienia, że zawarto w cenie zarobek i nie ma ryzyka przewyższenia kosztu zakupu materiału. Ponadto przyjęto miesięczny koszt paliwa urządzeń, z pominięciem kosztów ich eksploatacji, obsługi, itp.

Dalej odwołujący zauważył, że zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, zawartym w treści formularza ofertowego, zadeklarowano wykonanie zamówienia w terminie 255 dni, a w wyjaśnieniach ceny wskazano 150 dni. Deklaracja ta zmienia treść oferty i jest nierealna. Wykonawca nieprawidłowo wycenił zakres rzeczowy, co ma bezpośrednie odzwierciedlenie w koszcie wykonania. Zakres prac dotyczących przedmiotu zamówienia to ponad 1.500 m sieci wodociągowej oraz 2.500 m kanalizacji – razem 4 km sieci, w trudnym okresie dla realizacji robót: zima/wiosna. Jak również wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie podaje żadnego uzasadnienia, ani opisu tego, w jaki sposób możliwe jest wykonanie takiego zamówienia przy terminie wykonania zamówienia wynoszącym nie 255 dni, ale 150 dni, gdzie mamy do czynienia ze skróceniem terminu realizacji blisko o połowę (precyzyjnie ponad 41%, 105 dni). W ocenie odwołującego deklarowane skrócenie terminu wykonania zamówienia miało jeden cel – wykazania obniżonych w ten sposób kosztów, w szczególności kosztów obsługi kierowniczej (koszt kierownika budowy przewidziany również tylko na 5 miesięcy), jak również całego personelu wykonawcy. Zgodnie z SIWZ (str. 5) przewidziany termin na realizacje kontraktu podzielono na 3 etapy, z tego tylko pierwszy wynosi 6 miesięcy, natomiast drugi i trzeci wymaga również pracy pracowników wykonawcy.

Odwołujący argumentował dalej, że w wyjaśnieniach, w tabeli kosztów podano, że w zakres kosztów wchodzą elementy nieopodatkowane VAT i są to koszty pracy pracowników wykonawcy przewidzianych do realizacji tego kontraktu. Kiedy koszty te wchodzą w zakres wykonania kontraktu, a wartość wykonania całego kontraktu podlega bezwzględnemu opodatkowaniu podatkiem VAT. W konsekwencji w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami podatkowymi zaniżono koszty robocizny i nadzoru dla całego kontraktu i nie policzono wartości brutto od niebagatelnej kwoty 424 290,00 zł (ostatnie dwie pozycje w tabeli wyjaśnień), co stanowi zaniżenie w wysokości 97 586,70 zł (23% od kosztów robocizny i nadzoru).

Zaniżono także powierzchnie odtworzenia nawierzchni bitumicznej – w wyjaśnieniach ceny, w zakresie nawierzchni do odtworzenia dla odrzutów kanalizacyjnych, podano szerokość przejścia (kanału) o wartości 70 cm (0,7 mb) – i dla takiej szerokości przyjęto zaniżone powierzchnie odtworzenia nawierzchni bitumicznej. O tym, że jest to zupełnie nierealne. Zdaniem odwołującego świadczy o tym przykład, wystarczy sobie wyobrazić, że do wykopu o szerokości 70 cm musi wejść pracownik, wykonać zagęszczenie podłoża, ułożyć podsypkę, ułożyć rurę, wykonać zasypkę i obsypkę, zagęścić te warstwy oraz zasypać wykop warstwami z zagęszczeniem. Jest to fizycznie niemożliwe, poza tym ze względów technologicznych taka szerokość to minimum 2-3 m z uwagi na konieczność wykonania robót w wykopie oraz rozgęszczenie istniejącej podbudowy pod istniejącą nawierzchnią bitumiczną, którą w rejonie wykopu należy odtworzyć znacznie szerzej, ponieważ jezdnia będzie się zapadać przy mniejszym odtworzeniu. Analogiczna sytuacja ma miejsce przy przejściach sieci wodociągowej, gdzie również pomimo przyjęcie przejścia przez całą szerokość jedni pominięto całkowicie prawidłową szerokość takiego wykopu i konieczność odtworzenia nawierzchni bitumicznej.

Łączna ilość odtworzeń nawierzchni bitumicznej przyjęta w ofercie wykonawcy to 470 m2 (str. 6 wyjaśnień), natomiast zamawiający w dokumentacji projektowej przewidział do odtworzenia 1.800 m2, co ma oczywiście niebagatelne odzwierciedlenie w kosztach przyjętych w ofertach – dwie pierwsze znacznie zaniżone oferty mają bardzo niskie koszty odtworzeń, natomiast pozostałe firmy o ponad 110 000,00 zł netto przyjęty większe i prawidłowe koszty: Martel to 9 800,00 zł, Usługi Transportowe 70 000,00 zł, odwołujący 290 000,00 zł, M. 187 365,00 zł, Instal-Bud 305 764,00 zł.

Odwołujący wskazał na str. 7 wyjaśnień ceny, gdzie wskazano „Pozostałe odcinki sieci kanalizacyjnej są zlokalizowane poza obrysem drogi asfaltowej w pasie zieleni co nie generuje naszej firmie dodatkowych kosztów związanych z odtworzeniem terenu" i stwierdził, że nie jest to prawdziwe stwierdzenie, ponieważ projektant w dokumentacji projektowej, zgodnie z uzyskanymi uzgodnieniami na etapie projektowania, przewidział w poboczu oraz w miejscach przejścia sieci w drodze gruntowej odtworzenie nawierzchni z tłucznia kamiennego na powierzchni 612 m2. Wykonawca pominął w kalkulacji te koszty, co więcej treść wyjaśnień potwierdza, że podstawą zaniżonej wyceny oferty jest zamiar wykonania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznacznie niezgodny z SIWZ. Powyższe wprost oznacza dodatkowa podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Dodano, iż w ofercie odwołującego i w jego wyjaśnieniach jest przedstawiony prawidłowy koszt odtworzeń, przewidzianych w dokumentacji –

powierzchnia odtworzenia terenu/nawierzchni, jaką przyjęliśmy w ofercie, wynosi 1.800 m2 w przypadku nawierzchni bitumicznych oraz dodatkowo 620 m2 w przypadku nawierzchni gruntowych. Wskazano także na zestawienie głównych materiałów do odtworzenia terenu nawierzchni.

Odwołujący dodał, że wykonawca Usługi Transportowe pominął koszt wykonania kanalizacji tłocznej o długości 497 m (rurociągi PE-RC SDR 17 trójwarstwowe DN 75 - rurociąg tłoczny), koszt na poziomie 49 700,00 zł netto w ofercie wykonawcy. Treść wezwania zamawiającego jest konkretna i precyzyjna, jednak wykonawca zbagatelizował wezwanie i poprzestał na ogólnikowych twierdzeniach.

W tej sytuacji, wobec przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wezwania do wyjaśnienia ceny oferty Usługi Transportowe, oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p., bowiem wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. F., P. F. i P. F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL S.C. M.F., P. F., P. F., Milęcin 37,05-840 Brwinów (dalej zwanych jako „przystępujący"), zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty przystępującego oraz wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. M. D. w Zaborowie (dalej zwanego jako „wykonawca Usługi Transportowe"), w tym czy nie zaniechano odrzucenia ofert z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) i niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), co w konsekwencji spowodowało wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało częściowo przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione.

Skład orzekający stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy częściowo potwierdziły się okoliczności podnoszone przez odwołującego w zarzucie nr 1 z *petitum* odwołania, co powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę, zarówno w zakresie oferty przystępującego, jak i oferty wykonawcy Usługi Transportowe. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności cen, albo stwierdzenia, że są ona rażąco niskie. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p, nie doszło bowiem do potwierdzenia w materiale dowodowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowane ceny są rażąco niskie, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie przedmiotowej normy. Natomiast dokonana przez Izbę weryfikacja czynności zamawiającego, w ramach okoliczności wskazanych w zarzucie nr 2 z *petitum* odwołania, powoduje przyjęcie, że zamawiający, w stosunku do oferty wykonawcy Usługi Transportowe, zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego jej treść, kiedy wyjaśnienia sposobu ceny dają podstawę do powstania uzasadnionych wątpliwości, które należało wyjaśnić, co powoduje naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p. Ponadto, w zakresie oferty przystępującego stawiane zarzuty zaniechania jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie znalazły potwierdzenia w materiale procesowym, więc w tym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Na wstępnie rozważań skład orzekający zauważa, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną przyjętą przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. przykładowo wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11).

Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius,* Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną, którą wskazał odwołujący. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana

przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie.

Skład orzekający podkreśla, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania, zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i wykonawcy Usługi Transportowe, z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), skład orzekający wskazuje co następuje.

Izba ustaliła, ze zamawiający jednokrotnie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny – pismem z dnia 12 października 2020 r. złożono wyjaśnienia wraz z dowodami, w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. Podobnie, w zakresie ceny wykonawcy Usługi Transportowe – pismem z dnia 9 października 2020 r. złożono wyjaśnienia wraz z dowodami, w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2020 r.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę, w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny obu ofert, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 p.z.p. Dalej Izba stwierdziła, że na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia ofert z postępowania, jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należytą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna.

Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, która powinna zakończyć się otrzymaniem jednoznacznego wyniku – cena oferty jest rzetelnie skalkulowana, zapewnia zysk i odpowiada wymogom zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, bądź cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powoduje odrzucenie oferty. Art. 90 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia w tej sferze wątpliwości, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, kiedy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem procedura prawidłowo przeprowadzonych wyjaśnień powinna zakończyć się jednym, obiektywnym i kwantyfikowalnym wynikiem.

Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności poodejmowanych w ramach procedury wyjaśnienia ceny ofertowej. Dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. Wezwanie zatem powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i jednoznaczny, bądź nie pytał w ogóle.

Podstawą do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego i wyjaśnienia wykonawcy Usługi Transportowe składane w przetargu odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej, lub jako ceny realnej. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny ofert i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby obu wykonawcom odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu objętym sporem zaniechano.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania, nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Do wyjaśnień przedłożono również dowody. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferty obu wykonawców zawierają ceny rażąco niskie. Zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego i wykonawcy Usługi Transportowe, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z powodu braku szczegółowego dopytania przez zamawiającego w przetargu, w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego, kiedy rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności jednostki zamawiającej w przetargu. Umknęło uwadze przystępującego, że to termin składania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w przetargu jest właściwym etapem na przedstawienie swojego szczegółowego stanowiska, pokazanie pełnych wyliczeń i odniesienie się do poszczególnych kosztów oraz złożenie dowodów (art. 90 ust. 2 p.z.p.), bowiem Izba – oceniając działanie zamawiającego – bierze pod uwagę stan

rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego danych czynności, czyli wyjaśnienia, które były podstawą wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, należy uznać twierdzenia te za spóźnione.

Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09 „w ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych elementów celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte po uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu" na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego". Skład orzekający argumentację tą podziela i przyjmuje za własną.

Z powodu braku szczegółowego dopytania w postępowaniu wyjaśniającym sposób kalkulowania ceny, dopiero przed Izbą przystępujący próbował wykazywać, jak liczono koszty odwodnienia i dlaczego są one realne, kiedy sama dysproporcja pomiędzy kosztami, jakie założono, a kosztami z innych ofert, powinna spowodować, że okoliczność tą zamawiający powinien szczegółowo wyjaśnić w przetargu. Argumentacja zamawiającego i przystępującego o realizowaniu I etapu budowy i znajomości warunków terenowych, powoduje, że za wiarygodną należy uznać możliwość zmniejszenia tego kosztu z powodu wiedzy i doświadczenia wynikającego z wcześniejszych prac. Nie zwalnia to jednak wykonawcy z rzetelnego odniesienia się do przyjętej kwoty i wskazania podstaw jej obliczenia, o co zamawiający powinien dopytać, w szczególności, że sam w odpowiedzi na odwołanie podkreślał istotne odbieganie kosztów odwodnienia terenu przystępującego od pozostałych wykonawców. Jakkolwiek także ocena zamawiającego, że wykonawca zna teren, co wpływa na prawidłowe oszacowanie ceny odwodnienia, nie powoduje, że nie należy poznać szczegółów założeń przystępującego i ich ocenić – co powinien uczynić należycie działający zamawiający. Ponadto, dopiero przed Izbą wyjaśniło się, że przystępujący określa ten koszt jako odwodnienie wykopu dla montażu zbiornika przepompowni. Zamawiający nie posiadał tej wiedzy w postępowaniu, nie wynika to z wyjaśnień, więc tego nie zweryfikowano.

Podobnie, w zakresie kosztu odtworzenia terenu. Przystępujący złożył w swoim stanowisku procesowym szczegółowe wyjaśnienia, jak koszt ten wyliczył, o co powinien zapytać go zamawiający w przetargu, chociażby ze względu na różnice w cenie w tym zakresie w poszczególnych ofertach. Izba uwzględniła również, że wskazane w przedmiarze wartości ilości do odtworzenia są pomocnicze, stąd zasadnym jest oszacowanie tego kosztu na podstawie wizji lokalnej terenu, jak podnosił przystępujący. Należy się zgodzić także z zamawiającym, że konieczność odtworzenia terenu wystąpi o ile zostanie on naruszony, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Jak również, założenia wskazane w wyjaśnieniach ceny przez przystępującego są w ocenie Izby prawidłowe. Zabrakło tylko jednego, wskazania chociażby rzędu wielkości jaką przyjęto do odtworzenia, czy innej uchwytnej podstawy (przykładowo przedział procentowy nawierzchni, jaki należy doprowadzić do stanu pierwotnego) wyjaśniającej skąd się wzięła przyjęta kwota. Brakuje wyjaśnienia w zakresie szacunkowego, ilościowego założenia przystępującego, pozwalającego ocenić, że podana kwota jest prawidłowa, lub zaniżona. Zamawiający nie powinien uznawać wyjaśnień za wystarczające i kończyć postępowania wyjaśniającego cenę, w szczególności, że sam zadał takie pytanie wykonawcy (pkt 1 ppkt 8 wezwania zamawiającego z dnia 6 października 2020 r.) i nie wyegzekwował na nie odpowiedzi, z niezrozumiałych przyczyn uznając, że skoro wykonawca już realizował prace na terenie inwestycji, to zapewne dokonał właściwej wyceny.

W zakresie przyjętych kosztów pracy, które w ocenie odwołującego są zaniżone, Izba nie podzieliła wątpliwości odwołującego, czy koszty wskazano w wyjaśnieniach jako wartość netto, czy brutto. Jednoznacznie są to wartości netto, jak wszystkie koszty w wyjaśnieniu sposobu kalkulacji ceny, co wynika z opisu „razem koszty wykonania 1 473 000,00 zł (netto)". Koszty pracy uwzględniają również wymagania minimalnego wynagrodzenia, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.), więc w tym przedmiocie nie budzą wątpliwości Izby. Nie wykazano także, że są to stawki zbyt niskie, jak na stawki rynkowe w danej branży, czy dla danego stanowiska. Odwołanie w części dotyczącej kosztów pracy ogranicza się do negowania założeń przystępującego, bez wskazania dlaczego są wadliwe, jest merytorycznie puste. Ponadto, wyjaśnienia ceny prawidłowo odpowiadają na pytania zamawiającego w przedmiocie wielkości przyjętych stawek osób, które będą wykonywać roboty budowlane (*vide* pkt 1 ppkt 1 i 2 wezwania z dnia 6 października 2020 r.).

Dalej Izba wskazuje, że skoro odwołujący uważał, że przyjęta przez przystępującego liczba osób do realizacji zamówienia jest nieprawidłowa, to aby skład orzekający mógł dokonać podzielenia jego tezy, należało chociażby wskazać, jaka liczba osób będzie właściwa i wyjaśnić dlaczego. Zamawiający pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom. Jeżeli odwołujący uznał, że obliczenia jego konkurencji są wadliwe, należało wyjść ze sfery swoich przekonań i wskazać w odwołaniu konkretne okoliczności i wnioski, powodujące, że skład rozpoznający spór będzie mógł zweryfikować w materiale procesowym zarzuty odwołania. Stanowisko ograniczające się do gołosłownego zanegowania liczby pracowników przystępującego, to stanowczo zbyt mało do postawienia skutecznego zarzutu.

W przedmiocie kosztów sprzętu również ograniczono się do poddania w wątpliwość przyjętej przez przystępującego stawki, bez próby chociażby uprawdopodobnienia, że jest zaniżona. Tym niemniej, na rozprawie ujawniła się rozbieżność w zakresie stawki za pracę sprzętu. Przystępujący, rozwijając argumenty z wyjaśnień w swoim stanowisku procesowym wskazał inną stawkę, niż w wyjaśnieniach ceny i należy o to dopytać wykonawcę. Jakkolwiek mogło dojść do omyłki, czy chodziło o wycenę godziny pracy sprzętu, czy o osiem godzin, to szczegółowe kalkulacje w ramach kwoty z wyjaśnień (403 200,00 zł) powinny rozwiać te wątpliwości.

Skład orzekający stwierdził dalej, że zamawiający nie wyspecyfikował w dokumentacji przetargu urządzeń, jakie należy wykorzystać przy realizacji zamówienia, stąd nie ma podstaw do podważenia zasadności ich wyboru przez przystępującego. Odwołujący także nie podnosił, że w ramach przyjętej przez przystępującego stawki nierealnym jest praca jakiegoś konkretnego urządzenia, niezbędnego do wykonania robót – co powodowałoby faktyczne zaniżenie ceny.

Następnie, w przedmiocie rzekomych braków w wycenie materiałów w ofercie przystępującego, Izba wskazuje, że umknęło uwadze odwołującego, że przyjęte wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, więc bezpodstawnym jest oczekiwanie załączenia do wyceny szczegółowego kosztorysu i wyliczenia wszystkich materiałów wraz z wycenami dla każdej z pozycji. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał przyjęty koszt materiałów, w zakresie robót wodociągowych i robót kanalizacyjnych, rozszerzając tą cenę w stosunku do tabel z formularza cenowego. Do wyjaśnień załączono też oferty materiałowe, które – jak wskazano w wyjaśnieniach – mają charakter poglądowy, są przykładowe.

Przystępujący udowodnił, że ma możliwość uzyskania korzystnych cen, zgodnie z przedłożonymi ofertami, co

dodatkowo potwierdzono na rozprawie. Zatem poczyniono zadość obowiązkowi wykazania posiadania korzystnych warunków przy kalkulacji ceny i odpowiedziano na pytania od nr 3 do nr 6 z wezwania do wyjaśnień – aczkolwiek zamiast wskazać konkretne koszty złożono dowody, co mogło prowadzić do wrażenia, że w cenie ryczałtowej nie uwzględniono wszystkich niezbędnych materiałów. Dlatego też zamawiający powinien wezwać przystępującego do udzielenia klarownej odpowiedzi na pytanie, ile koszty materiałowe – zgodnie z podziałem ze wskazanych pytań z wyjaśnień – wynoszą, a nie uznać za wystarczające przedstawienie jedynie ofert materiałowych (które są przykładowe).

Skład orzekający podzielił także stanowisko zamawiającego i przystępującego, że koszty, których szczegółowo nie wyspecyfikowano, są kosztami marginalnymi, zawierającymi się w szerszej pozycji cenowej. Co nie oznacza, że zamawiający nie powinien wyjaśnić tej okoliczności przy wyjaśnieniu sposobu kalkulacji ceny, celem weryfikacji rzetelności wyceny przystępującego i zawarcia w cenie wszystkich elementów wymaganych do realizacji zamówienia. Złożone przez odwołującego zestawienia własne materiałów dla sieci wodociągowej i materiałów dla sieci kanalizacyjnej właśnie takich kosztów dotyczą, pojedynczych, uwzględnionych w większej, zbiorczej pozycji.

Ponadto, spornym było czy w cenie koniecznym jest uwzględnienie konkretnych materiałów – rur osłonowych lub równoważnych, a nie rur PVC – do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową. Zamawiający nie uregulował w dokumentacji postępowania jakich materiałów użyć do wykonania sieci wodociągowej tłocznej, żaden z wykonawców o to nie pytał w ramach wyjaśnień SIWZ, więc obecnie jest to w zakresie swobody doboru przez wykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że będzie to weryfikowane na etapie realizacji robót i jest to decyzja odpowiedzialnego za roboty inspektora nadzoru. Nie ma tez żadnych wytycznych, czy norm w tym przedmiocie, zależy to od zaleceń konkretnego producenta. Izba podzieliła to wiarygodne i przekonujące stanowisko, zaś odwołujący nie podważał go i nie zdecydował się na wykazanie okoliczności przeciwnej.

Złożony przez odwołującego dowód również potwierdza argumentację zamawiającego, gdzie jeden z przedsiębiorców, działający w branży materiałów budowlanych, przedstawiciel producenta rur tworzywowych, wskazuje jakie w jego ocenie rury należy zastosować. Natomiast oświadczenie to jest nieprzydatne dla wykazania okoliczności, na którą zostało powołane przez odwołującego, tj. na okoliczność niemożliwości zastosowania rur PVC do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową, bez zastosowania rur osłonowych. Ponieważ z dowodu tego, mającego charakter dokumentu prywatnego, wynika, że pan J.C. oświadcza, że z jego wiedzy wynika, że rury PVC nie są stosowane do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową. Trudno więc skutecznie twierdzić, że osoba ta, przedstawiciel producenta konkretnych produktów, posiada techniczną wiedzę o braku możliwości zastosowania danego materiału (co jest kategorią znacznie szerszą, niż sprzedawane przez pana J.C. materiały) do konkretnych robót. Nie podnoszono też, że osoba ta taką specjalistyczną wiedzą – obejmującą aspekty wykonania prac budowlanych dysponuje – raczej należy przyjąć, że pan J.C. posiada wiedzę co do towaru, jaki sprzedaje.

Skład orzekający nie znalazł zatem podstaw, aby przyjąć, że przystępujący zaniżył swoją cenę, nie oferując konkretnego materiału (spornych rur), skoro nie udowodniono, aby wymóg taki wynikał z dokumentacji przetargu, norm techniczno-budowlanych, zasad wiedzy technicznej i sztuki budowlanej w zakresie wykonania sieci wodociągowej tłocznej, czyli z obiektywnych, weryfikowalnych podstaw. Stanowisko odwołującego pozostało w sferze subiektywnych przekonań strony, których nie udowodniono, więc na tej podstawie nie można było stwierdzić, że doszło do naruszenia prawa przez oceniającego wyjaśnienia ceny zamawiającego.

W zakresie okoliczności dotyczących wątpliwości w przedmiocie realności ceny, zaoferowanej w ofercie wykonawcy Usługi Transportowe Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska odwołującego o negowaniu okoliczności uzasadniających obniżenie ceny, wskazanych w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny. Wykonawca posiada własny sprzęt i wykonuje prace we własnym zakresie (str. 1 wyjaśnień z dnia 9 października 2020 r.), nie ponosi zatem dodatkowych kosztów wynajmu, czy zakupu urządzeń, nie zleca robót podwykonawcom, posiada zaplecze budowy blisko inwestycji, co zmniejsza koszty logistyczne, dobrze zna warunki gruntowe inwestycji i posiada kilkuletnie doświadczenie w działaniu na rynku lokalnym (str. 2 ww. wyjaśnień). W ocenie Izby okoliczności te wprost wpisują się w hipotezę art. 90 ust. 1 p.z.p. i dotyczą sprzyjających warunków realizacji zamówienia, więc czynniki obniżające cenę – wbrew stanowisku odwołującego – zostały w wyjaśnieniach prawidłowo wskazane. Ponadto, wykonawca zapewnia, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ, co często spotyka się w praktyce wyjaśniania ceny i trudno z tego powodu czynić zarzut przedsiębiorcy. Wykonawca oświadczył również, że uwzględnił w cenie zysk, świadczy o tym sfomułowanie, że cena zawiera zarobek i nie ma ryzyka przewyższenia kosztów zakupu materiału.

W przedmiocie kosztów personelu umknęło odwołującemu, że czym innym jest konieczność zawarcia podatku od towarów i usług w cenie oferty, a czym są koszty pracy, co do których ustawodawca nie zdecydował się na objęcie ich podatkiem VAT. W ustalonym stanie rzeczy, w zakresie kosztów utrzymania dziewięciu pracowników i kierownika budowy, jak wskazano w wyjaśnieniach ceny, trudno mówić o innym podatku związanym z kosztami pracy, niż podatek dochodowy, więc Izba nie znalazła podstaw do podzielenia tego stanowiska.

Skład orzekający podzielił natomiast argumentację odwołującego, że w wyjaśnieniach ceny brakuje szczegółowego odniesienia się do wysokości kosztów eksploatacji urządzeń. O ile paliwo (dla trzech koparek, samochodu ciężarowego, trzech busów, zagęszczarek, piły i agregatów) jest istotnym czynnikiem cenotwórczym, to brak jest wyjaśnienia, czy w cenie zawarto koszty amortyzacji, czy ewentualny margines na naprawy, co powoduje brak możliwości przeprowadzenia jednoznacznej oceny prawidłowości wysokości założonych kosztów. Zamawiający, jak podkreślono w odpowiedzi na odwołanie, zna zaplecze sprzętowe wykonawcy, z którym już pracował, jednakże nie powoduje to, że zamawiający posiada wiedzę o wszystkich kosztach związanych z pracą maszyn wykonawcy, skoro wyjaśnienia tego nie precyzują, odpowiedź na odwołanie zresztą też. Jakkolwiek wynagrodzenie posiada formę ryczałtową, to zamawiający otrzymał od wykonawcy tabele kosztów, które powinien szczegółowo przeanalizować.

Skład orzekający dalej ustalił, że w wyjaśnieniach ceny wskazano, że czas realizacji umowy wykonawca ocenia na 150 dni, zaś w formularzu ofertowym podano do 255 dni (pkt 2 formularza ofertowego wykonawcy Usługi Transportowe), zamawiający nie wyjaśnił tej rozbieżności. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że wskazana w SIWZ ilość dni jest maksymalna i można skrócić ten okres, zapewne czyniąc oszczędności, co nie zmienia faktu, że termin realizacji zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów umowy, więc tak znaczącą różnicę należało wyjaśnić. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do tej okoliczności, ponieważ o nią w przetargu nie pytał wykonawcy. Z drugiej zaś strony nie było podstaw, aby na tym etapie ocenić, że termin ten jest wadliwy, gdyż odwołujący nie zdecydował się na rozwinięcie swojego stanowiska, pozostawiając je jako stwierdzenie, że 150 dni stanowi nierzeczywisty termin na realizację robót. Nie wskazano też jaki termin byłby realny, co pozwoliłoby skwantyfikować rzekome zaniżenie wyceny i dokonać merytorycznej oceny wyjaśnień. W dokumentacji postępowania również nie wskazano terminu minimalnego, pozostawiając to założenie jako ryzyko wykonawcy, przy określeniu terminu

maksymalnego dla każdego z trzech etapów i całkowitego terminu na wykonanie całości robót do 255 dni.

Skład rozpoznający spór zauważa również, że w dokumentacji postępowania formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ) został tak przez zamawiającego skonstruowany, że nie wymagano od wykonawcy, aby oddzielnie wpisano termin realizacji zamówienia, ponieważ termin maksymalny do 255 dni w pkt 2 formularza uzupełnił zamawiający. Jest zatem prawdopodobne, że wykonawca przyjął krótszy termin w wycenie, a formularz ofertowy pozostawiono bez ingerencji – skoro zamawiający nie pozostawił tego do samodzielnego uzupełnienia, a odgórnie wskazano ilość dni. Z doświadczenia wynika, że jeżeli zamawiający nie wymaga dopisania, skreślenia, czy jakiegokolwiek innego doprecyzowania przez przedsiębiorcę danego elementu, danej wielkości, wykonawcy nie ingerują w treść wzorów dokumentów do wypełnienia.

W przedmiocie zaniżonej powierzchni odtworzenia nawierzchni bitumicznej, jak podkreślono we wcześniejszej części uzasadnienia, podana w przedmiarze ilości 1800 m2 do odtworzenia jest wartością poglądową. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego o korelacji ilości do odtworzenia nawierzchni z ilością, jaka zostanie naruszona, zgodnie z OPZ. Tym niemniej, zamawiający nie dopytał wykonawcy o podstawy przyjętej wielkości 470 m2 do odtworzenia. Jest to istotna różnica w stosunku do przedmiaru, nawet jeżeli ma on tylko charakter pomocniczy, to należało wyjaśnić założenie wykonawcy i je zweryfikować, czego zaniechano. Wykonawca odpowiedział na pytanie zamawiającego z wezwania (pkt 1 ppkt 7 wezwania z dnia 6 października 2020 r.), a otrzymana odpowiedź powinna spowodować kontynuację postępowania wyjaśniającego cenę, czego w przetargu zabrakło. Jednostka zamawiająca nie była w stanie rzeczowo wyjaśnić prawidłowości wycenionej wielkości, gdyż o to wykonawcy w przetargu nie zapytano. Dodatkową wątpliwość nasuwa także przyjęta szerokość przejścia 0,7 mb.

Odwołujący podnosił także, że pominięto w wyjaśnieniach koszt wykonania kanalizacji tłocznej. O ile nie ma podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny z tego powodu, ponieważ w ofercie wykonawcy koszt ten obliczono na poziomie 49 700,00 zł netto i nie wykazano w odwołaniu, aby był on zaniżony, to brak jest w wyjaśnieniach ceny założeń wykonawcy przyjętych do jego kalkulacji. Brakuje wyjaśnienia podanej kwoty, pozwalającego ocenić, czy obliczona cena jest prawidłowa, czy zaniżona. Zamawiający nie powinien uznawać wyjaśnień wykonawcy za wystarczające i kończyć postępowania wyjaśniającego cenę w tym zakresie.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego i wykonawcy Usługi Transportowe powinny były zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można wykluczyć także potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny wykonawców powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej.

Dopiero kontynuacja postępowania wyjaśniającego elementy ceny, uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 p.z.p. Zamawiający powinien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne, klarowne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Brak wyjaśnienia wątpliwości w sytuacji – w której takowe pojawiłyby się po stronie należycie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego – skutkuje wytrąceniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego.

Należy podzielić również stanowisko orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88), kiedy zarówno wyjaśnienia, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty przystępującego i cena oferty wykonawcy Usługi Transportowe są cenami niewiarygodnymi, nierealistycznymi w odniesieniu do wartości szacunkowej, przedmiotu zamówienia, czy cen pozostałych trzech ofert złożonych w przetargu. Podobne wnioski wskazał w swoim orzeczeniu Sąd Okręgowy w Katowicach, stwierdzając, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (por. wyrok z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Zatem same arytmetyczne porównania dokonane przez odwołującego nie mogą przesądzać o konieczności odrzucenia oferty jego konkurencji. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

W konsekwencji powyższych wywodów skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego i oferty wykonawcy Usługi Transportowe byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano ceny rażąco niskie. Izba nie podzieliła zatem stanowiska odwołującego o zaniechaniu odrzucenia obu ofert, co nie powoduje, że działanie zamawiającego było prawidłowe. W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamiast kontynuować postępowanie wyjaśniające cenę przedwcześnie dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przedmiocie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania, zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i wykonawcy Usługi Transportowe, z powodu niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), Izba wskazuje jak niżej.

Nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby zamawiający określił technikę wykonania robót dla sieci kanalizacyjnej, w przeciwieństwie do sieci wodociągowej (która zgodnie z OPZ, rozdział VII szczegółowy opis zakresu rzeczonego zamówienia pkt 1 ppkt 2 ma być wykonana metodą bezwykopową (przecisk sterowany)). W żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie uregulowano metody wykonania dla sieci kanalizacyjnej. Odwołujący także nie był w stanie w odwołaniu wskazać konkretnej treści SIWZ, z której wywodził zarzut.

Wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 8 września 2020 r., pytanie nr 1 i odpowiedź, także nie wskazuje na szczegółowe uregulowanie metody dotyczącej sieci kanalizacyjnej, ponieważ wprost dotyczy „dopuszczenia wykonania” konkretnymi rurami, zatem nie jest to nakaz, a dopuszczenie zastosowania rur PE SDR17 RC. Jak również pytanie i odpowiedź

dotyczy sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej – jak wskazał sam odwołujący – zamawiający wyraził zgodę na wykonanie przewiertów sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej odpowiednimi rurami, co nie oznacza zakazu czy nakazu wykonania sieci sanitarnej konkretną techniką. Odwołujący nadinterpretuje SIWZ, tak jak przyjął do wyceny swojej oferty i zarazem stawia przystępującemu zarzut złożenia oferty niezgodnej z dokumentacją postępowania, nie potrafiąc wskazać treści SIWZ, z którą wiąże naruszenie prawa. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że obecnie zarzuty dotyczą raczej polemiki z treścią specyfikacji, niż faktycznych jej uregulowań.

Kiedy skuteczne wywiedzenie zarzutu niezgodności z treścią SIWZ wymaga wskazania na wadę oferty w korelacji z dokumentacją przetargu, poprzez jednoznacznie podanie w ofercie co nie jest zgodne z SIWZ i w jaki sposób ta niezgodność występuje – w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami dokumentacji postępowania, dotyczącymi faktycznych właściwości przedmiotu zamówienia, a nie interpretacji strony. Skoro zamawiający nie określił, że kanalizacja sanitarna ma być wykonana metodą wykopową, wykonawcy mogli swobodnie zadecydować o technice robót, jaką przyjmą, w zależności od indywidualnych możliwości danego przedsiębiorstwa. Ponadto, wyłącznie odwołujący zaoferował realizację odrzutów kanalizacji sanitarnej metodą bezwykopową. Pozostali wykonawcy zaoferowali wykonanie odrzutów kanalizacji sanitarnej metodą wykopową, co jedynie dodatkowo potwierdza stanowisko zamawiającego. Zatem Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zakresie oferty przystępującego, jako nieudowodniony i bezprzedmiotowy.

Należy również dodać, że na rozprawie odwołujący usiłował podnosić nowe okoliczności w zakresie stawianego zarzutu, ponad treść odwołania, co zasługuje na krytykę i stanowi nieuprawnione obejście zawitego terminu na wniesienie środka zaskarżenia, w którym strona obowiązana jest wskazać wszystkie okoliczności, z jakimi wiąże naruszenie prawa. Obecnie działania takie są spóźnione i jedynie na marginesie należy zauważyć, że nadal nie wskazano konkretnej, jednoznacznej treści SIWZ, z którą oferta przystępującego byłaby sprzeczna.

W zakresie zarzucanej niezgodności oferty wykonawcy Usługi Transportowe – pominięcie odtworzenia nawierzchni z tłucznia kamiennego, w związku z treścią ze str. 7 wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy z dnia 9 października 2020 r. Izba stwierdziła rozbieżność stanowiska wykonawcy i dokumentacji projektowej, której nie wyjaśnił zamawiający.

Wynagrodzenie zostało określone w formie ryczałtu, co nie zwalnia zamawiającego ze szczegółowego wyjaśnienia co zawarto w cenie, a kiedy wyjaśnienia sposobu jej kalkulacji budzą uzasadnione wątpliwości w przedmiocie zawarcia w niej wszystkich wymagań przedmiotu zamówienia, to nie można tej okoliczności zbagatelizować, a należy wyjaśnić. Istnieje prawdopodobieństwo, że wykonawca się pomylił, jak podnoszono na rozprawie, koszty odtworzenia nawierzchni bitumicznej z wyjaśnień sposobu obliczenia ceny wskazują na błąd, czy omyłkę, która zdaniem zamawiającego nie wpływa w sposób istotny na wyjaśnienia strony i nie powoduje, że tą ofertę należy odrzucić. Co jednak nie zmienia faktu, że okoliczność tą należało wyjaśnić i w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami poczynić dalsze kroki, które nakazuje ustawa p.z.p. Odwołujący również nie zdecydował się na wskazanie w odwołaniu argumentacji, że zauważony błąd nie nosi cech kwalifikujących go do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 p.z.p., więc należy od razu ofertę odrzucić.

Odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., będzie spowodowane niezgodnością zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w treści SIWZ. O ile z treści omawianej oferty bezpośrednio nie wynika co w niej zawarto, więc taka merytoryczna niezgodność nie jest jednoznaczna, to wyjaśnienia ceny powodują poważne wątpliwości, które należało wyjaśnić. Przy tym zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ – na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty – wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Innymi słowy, rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający powinien dopytać wykonawcę co zawarł w ofercie, aby dokonać weryfikacji, czy nie dochodzi do konieczności zastosowania ustawowego trybu jej konwalidowania, co ustawodawca jednoznacznie narzucił zamawiającemu. Nie ma w tym zakresie dowolności, ponieważ odrzucenie oferty niesie za sobą nieodwracalny skutek, jakim jest eliminacja wykonawcy z postępowania.

U podstaw rozstrzygnięcia legła również linia orzecznicza, którą podziela skład orzekający w niniejszej sprawie, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty, w celu ustalenia faktu co do zgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku, sygn. akt. II Ca 803/10 z 24 listopada 2010 r.).

W konsekwencji Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Transportowe. Jednakże w ustalonym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 p.z.p., który przeradza się w obowiązek zamawiającego w przypadku niejasności co do treści oferty, co zbagatelizowano, zdaje się ze względu na przyjęty charakter wynagrodzenia. Po uzyskaniu od wykonawcy wiedzy dotyczącej zauważonej rozbieżności w wycenie zamawiający będzie mógł ocenić, czy to faktycznie omyłka jak twierdził, czy też inny błąd, więc zakwalifikuje ofertę do poprawy, albo ją odrzuci.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci przedwczesnego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....