Sygn. akt KIO 2982/20

WYROK

z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 grudnia 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez odwołującego: ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń i Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku ul. Wieniecka 49, 87- 800 Włocławek

przy udziale przystępującego: Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny
2. Kosztami postępowania obciąża Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń i Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku ul. Wieniecka 49, 87- 800 Włocławek
   i
3. zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
4. zasądza od Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń i Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku ul. Wieniecka 49, 87- 800 Włocławek kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz ERBUD S.A. ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Toruniu

Przewodniczący: ……..……

Uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu dotyczącym: przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku - Etap I inwestycji" (Znak sprawy/postępowania: ZP/03/20).

I.Odwołujący/ERBUD S.A. na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP"), wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego od:

1) czynności wezwania ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, dokonanej pismem Zamawiającego z 5 listopada 2020 r. (znak: KPIM/881/2020, nr: DZP.38.3.2020.MS).

II.Odwołujący uzyskał informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego w dniu 5 listopada 2020 r. W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

III.Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, zarzuca się:

1) w odniesieniu do czynności wezwania ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny:

-naruszenie art. 90 ust. 1 PZP poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

-naruszenie art. 90 ust. 1a PZP w zw. z art. 90 ust. 1 poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

-naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

-naruszenie art. 90 ust. 1 PZP poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.;

-naruszenie art. 90 ust. 1a PZP w zw. z art. 90 ust. 1 poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.;

-naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.

IV. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Wykonawcy ERBUD S.A. wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wezwania ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

V.Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Nadto oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. Jednocześnie cena Odwołującego jest na poziomie zbliżonym do cen innych Wykonawców i na poziomie zbliżonym do kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta złożona przez Odwołującego powinna zatem otrzymać najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert. Pomimo tego Odwołujący jest niezasadnie i bezpodstawnie wzywany do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący nie byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków niezasadnego i bezpodstawnego weryfikowania jego ceny jako rzekomo rażąco niskiej, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

VI.Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

VII.Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

W postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający bezpodstawnie i niezasadnie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (pismo Zamawiającego z 5 listopada 2020 - znak: KPIM/881/2020, nr: DZP.38.3.2020.MS). Taka czynność Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, albowiem w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw prawnych i faktycznych do wystosowania przez Zamawiającego wskazanego wezwania.

I.

W przedmiotowej sprawie nie zachodzą żadne przesłanki, które potencjalnie uzasadniałyby wzywanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że cena zaoferowana przez ERBUD S.A. stanowi ok. 71% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a zatem nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Zatem w przedmiotowej sprawie w istocie nawet potencjalnie nie zachodzi wskazywana przez Zamawiającego w piśmie z 5 listopada 2020 r. przesłanka rzekomo uzasadniająca weryfikowanie ceny jako rażąco niskiej.

Dodatkowo wskazać należy, że wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego (212.616.773,49 zł), wskazana w wezwaniu z 5 listopada 2020 r., jest znacznie przeszacowana. Do takiego wniosku prowadzi zarówno to, że ceny ze wszystkich złożonych ofert są znacznie niższe od wskazanej kwoty (i zbliżone do ceny Odwołującego), jak i to, że Zamawiający ostatecznie sam zweryfikował wskazaną kwotę oszacowania i wskazał w dniu otwarcia ofert, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to kwota 168.871.174,06 zł brutto, od której cena oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jest niższa jedynie o ok. 10%.

Nadto Wykonawca ERBUD S.A. zwraca uwagę, że zaoferowana przez niego cena 152.153.821,08 zł brutto jest zbliżona do cen pozostałych ofert i jest jedynie ok. 5% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wykonawca ERBUD S.A. przypomina, że zgodnie z orzecznictwem KIO, obowiązek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie ma charakteru bezwzględnego nawet w przypadku, jeżeli zaoferowana cena jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. W szczególności Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w przypadku gdy rozbieżność pomiędzy ceną a wartością zamówienia wynika z okoliczności, które nie wymagają dodatkowego wyjaśnienia (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z 21 grudnia 2018 r. - sygn. akt KIO 2516/18).

Nadto, jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 16 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 709/20), w kwestii wystosowania wezwania w przedmiocie wyjaśnienia dot. potencjalnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, „Nie chodzi (...) o sytuację, w której zamawiający według swobodnego uznania stwierdza, że „ma wątpliwości", ale o sytuację, w której zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności. Okoliczności te (...) mogą być różne w zależności od charakteru zamówienia i sytuacji zaistniałej w danym postępowaniu. Niemniej jednak muszą one wskazywać na zasadność powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, i co za tym idzie - na zasadność wezwania do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. ".

Ponadto, jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 21 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 864/18), „Nie sposób (...) przedstawić dowody na okoliczność zastosowania metod pozwalających na uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania" dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia. ".

Odnosząc powyższe do okoliczności sprawy wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą żadne obiektywne okoliczności, które uzasadniałyby weryfikowanie względem Odwołującego możliwości potencjalnego zastosowania rażąco niskiej ceny. W szczególności cena Odwołującego jest zbliżona do cen ofert pozostałych

Wykonawców i do kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

II.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że całkowicie chybiony jest sposób, w jaki Zamawiający usiłuje dokonać weryfikacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Nie znajduje bowiem uzasadnienia postępowanie Zamawiającego polegające na wywodzeniu rzekomego występowania w sprawie rażąco niskiej ceny z pojedynczych pozycji jednostkowych z Formularza Cenowego. Jak bowiem KIO wskazała wielokrotnie w swoich orzeczeniach, przedmiotem weryfikacji celem wykluczenia występowania rażąco niskiej ceny jest całkowita cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie ceny jednostkowe za wykonanie pojedynczych części danych elementów zamówienia. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2361/17) wskazała, że „(...) aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia.". Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 860/16) wskazała, że „Cena jest sumą wszystkich elementów składających się na wartość danego zakupu, dlatego też rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej.”. Dodatkowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2361/17) wskazała, że „Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Przy czym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy Wykonawca ERBUD S.A. wskazuje, że Zamawiający w swoim piśmie z 5 listopada 2020 r. usiłuje wywodzić rzekome występowanie rażąco niskiej ceny z pojedynczych pozycji Formularza cenowego, które nawet nie obejmują pełnych zakresów robót i cen za dane zakresy/elementy robót. Jest to całkowicie nieuprawnione działanie, które jest rażąco sprzeczne z treścią art. 90 ust. 1 (i ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP, albowiem Zamawiający takim działaniem w istocie nawet nie weryfikuje ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ERBUD S.A., a usiłuje sprawdzać wyłącznie pojedyncze ceny jednostkowe z Formularza cenowego.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie jest wymagane, aby w każdej cenie jednostkowej wszyscy Wykonawcy mieli ceny zbliżone kwotowo. Nie ma bowiem generalnego obowiązku kalkulowania marż, zysków i kosztów w konkretnych pozycjach. Nie daje to samo z siebie żadnych podstaw do wywodzenia zastosowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje, że jeżeli posługiwać się wskazaną przez Zamawiającego (całkowicie błędną) metodologią, to dojdzie się do wniosku, że potencjalnie każdy Wykonawca w niniejszej sprawie mógł zaoferować rażąco niską cenę, albowiem w swoim Formularzu cenowym posiada elementy robót potencjalnie wycenione znacznie poniżej średniej arytmetycznej ceny dla tych elementów wynikającej ze wszystkich złożonych ofert. Przykładowo:

Wykonawca BUDIMEX S.A.:

-wycenił Odcinek Nr 1 - „Rozwiązania tymczasowe” na kwotę 397.343,46 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 70 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

-wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 2.1 „Architektura Centralna Sterylizacja i Dezynfyktoria” na kwotę 705.468,75 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 44 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

Wykonawca WARBUD S.A.:

-wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 1.1 „Konstrukcja Lądowiska” na kwotę 800.073,64 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 46 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

-wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 2.3 „Konstrukcja Lądowiska” na kwotę 373.902,48 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 82 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

Wykonawca Konsorcjum ALSTAL:

-wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 3.3 „Instalacje elektryczne Lądowiska” na kwotę 388.098,52 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 42 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

-wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 4.1 „Instalacje Okablowania Strukturalnego, w tym;” na kwotę 2.754.651,74 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 41 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert.

Na marginesie Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający całkowicie zignorował okoliczność, iż elementy robót, co do ceny których Zamawiający przedstawia rzekome wątpliwości, są zgodnie z dokumentacją przetargową elementami szerszych zakresów robót, które ERBUD S.A., jako dany zakres robót, wycenia na poziomie zbliżonym do pozostałych Wykonawców. Elementy robót, co do których Zamawiający żąda wyjaśnień, nie są więc istotnymi elementami zaoferowanej ceny.

Wykonawca wskazuje także, że w przedmiotowej sprawie występują rozbieżności pomiędzy przygotowanym przez Zamawiającego projektem Formularza cenowego, a podziałem ceny wynikającym z dokumentacji projektowej. W szczególności podział ceny wynikający z projektu Formularza cenowego nie jest spójny w podziałem ceny wynikającym dokumentacji projektowej. Wskazaną kwestię potwierdziła również KIO w uzasadnieniu wyroku z 13 października 2020 r. wydanego w sprawie KIO 2340/20 dot. niniejszego postępowania przetargowego. Konsekwencją powyższych okoliczności jest m.in. to, że poszczególni Wykonawcy do konkretnych pozycji Formularza cenowego przypisywali różne elementy robót, w konsekwencji czego w odniesieniu do tych konkretnych pozycji cenowych z Formularza cenowego występują rozbieżności pomiędzy cenami wynikającymi z ofert poszczególnych Wykonawców.

W powyższych okolicznościach całkowicie nieuprawnione jest porównywanie przez Zamawiającego pojedynczych, oderwanych od zakresów robót, cen jednostkowych z Formularza cenowego. Takie działanie Zamawiającego jest całkowicie sprzeczne z przepisami art. 90 ust. 1 i 1 a PZP i w rzeczywistości nie ma nic wspólnego z weryfikowaniem

kwestii rażąco niskiej ceny.

III

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego przepisy wskazane na wstępie. W okolicznościach sprawy Odwołujący nie powinien bowiem być wzywany do wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, odwołujący wnosi jak na wstępie.

W dniu 26 listopada 2020r. zamawiający wnosi odpowiedź na odwołanie

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wezwał w dniu 5.11.2020 r. Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że kwota wskazana w ofercie Odwołującego jest niższa o ponad 30 % w stosunku do wartości zamówienia w ww. postępowaniu. Podkreślić na wstępie należy, że wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego wynosi 212 616 773,49 zł.

DOWÓD: pismo Zamawiającego z 5.11.2020 r. zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny"

W treści wezwania Zamawiający zwrócił się w szczególności o wyjaśnienie w odniesieniu do niżej wskazanych pozycji w formularzu cenowym (załącznik nr 8 do SIWZ):

-odcinek 1 pkt 4 sieci sanitarne (cena niższa o 31% od średniej ceny złożonych ofert),

-odcinek 2 w całości (cena niższa o 33% od średniej ceny złożonych ofert),

-odcinek 2 pkt. 2 przebudowa linii kablowych kV (cena niższa o 85% od średniej ceny złożonych ofert),

-odcinek 6 pkt. 7.5 system obwodowy nawiewu powietrza na salach operacyjnych (cena niższa o 81% od średniej ceny złożonych ofert),

-odcinek 6 pkt 54. Instalacja centralnego ogrzewania, w tym (cena niższa o 38% od średniej ceny złożonych ofert).

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że cena zaoferowana przez niego stanowi ok. 71 % wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, „a zatem nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego".

Zamawiający wskazuje, że wartością zamówienia oszacowaną przez niego (212 616 773,49 zł) jest kwota netto zamówienia, zgodnie z art. 32. ust. 1 pzpz Szacowanie to stanowi sumę wartości zamówienia oszacowanej na podstawie kosztorysów oraz zwiększona jest o 20 % wartości zamówienia podstawowego zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp.

DOWÓD: Zbiorcze zestawienie kosztów (kosztorysów), SIWZ rozdział IV pkt 2, protokół zamówienia publicznego pkt. 2 ppkt. 4 w aktach postępowania.

Dlatego zgodnie z prawidłowym wyliczeniem, cena całkowita oferty Odwołującego jest niższa o około 42 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

Zasadność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wynika z poniższych obliczeń:

Wartość zamówienia z należnym podatkiem VAT: 212 616 773,49 zł + 23% - 261 518 631,39 zł

cena oferty Odwołującego: 152 153 821,08 zł

Stosunek ceny oferty Odwołującego do wartości zamówienia powiększonej o VAT:

(152 153 821,08 zł 1261 518 631,3958,18 %

100 - 58,18 % 41,82 0/0

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt. 1 pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 (...), Zamawiając zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zatem Odwołujący porównał cenę brutto swojej oferty z oszacowaną wartością zamówienia, która jest ceną netto. Nie uwzględnił on w swoim porównaniu, że należy do wskazanej w wezwaniu kwoty doliczyć podatek VAT i dopiero do tak ustalonej wartości zamówienia porównać swoją cenę.

Zamawiający wskazuje, że wszyscy pozostali Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zostali wezwani do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny właśnie ze względu na fakt, że ceny ich ofert są niższe o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wszyscy Wykonawcy złożyli wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

Ceny ofert złożonych przez Wykonawców uczestniczących w postępowaniu:

Warbud S. A. - 166 181 753,84 zł

Budimex S. A. -155 416 580,00 zł

Alstal Grupa Budowlana sp. z o. o. sp. k. - 167 901 777,44 zł

DOWÓD: wezwania z 4.09.2020 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przesłane do Alstal Grupa Budowlana sp. z o. o. sp. k., Budimex S.A. i Warbud S.A.; wyjaśnienia wyżej wymienionych Wykonawców w aktach sprawy.

Wykonawcy, którzy zostali wezwani w dniu 4.09.2020 r. o wyjaśnienia rżąco niskiej ceny zwracali się do Zamawiającego o wskazanie podstawy wezwania. Występowali telefonicznie o informację dotyczącą wartości zamówienia lub składali wniosek o przesłanie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po otrzymaniu wnioskowanej informacji, żaden z Wykonawców nie kwestionował otrzymanego wezwania od Zamawiającego.

DOWÓD: Wniosek Warbud S.A. z 7.09.2020 r. o udostępnienie protokołu postępowania złożony przed terminem na przesłanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny do dnia 10.09.2020 r.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp „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 (...)". Co za tym idzie, ustawodawca w ramach cytowanego powyżej przepisu wprost wskazał, że rażąco niska cena w danej ofercie wygenerowana może zostać przez zaniżenie istotnej części składowej, która tym samym również podlega ocenie przez pryzmat konieczności odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Stanowisko powyższe nie budzi wątpliwości również w orzecznictwie KIO: „Ponadto badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia (KIO 2473/17 wyrok z 7.12.2017 r.).

Dlatego mając powyższe na uwadze, Zamawiający wskazał w wezwaniu Odwołującemu, co w szczególności wzbudziło wątpliwości Zamawiającego odnośnie zaoferowanej ceny, oprócz „zwykłego" porównania całkowitej ceny oferty z wartością zamówienia powiększoną o VAT.

Z powyższych względów zarzuty Odwołującego uznać trzeba za całkowicie chybione i nieuzasadnione. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko i uważa, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny było zasadne, w związku z tym Zamawiający wnosi jak na wstępie.

W dniu 2 grudnia 2020r. przystępujący po stronie zamawiającego przedstawił stanowisko w sprawie

Działając w imieniu i na rzecz Przystępującego Budimex S.A., wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego przez Erbud S.A. w całości, wskazuję co następuje.

I. Zasadność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

1.Na wstępie, Przystępujący podnosi, iż oderwane od stanu faktycznego związanego z przedmiotowym Postępowaniem jest stwierdzenie Odwołującego, że w sprawie nie zachodzą żadne przesłanki, które potencjalnie uzasadniałyby wzywanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim, co wynika wprost z wezwania Zamawiającego, jak również z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 listopada 2020 r., wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na łączną kwotę 212.616.773,49 zł netto (261.518.631,39 zł brutto), co determinuje, że cena ofertowa Odwołującego jest niższa aż o 41,82% od wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący te drastyczne różnice procentowe próbuje w ramach uzasadnienia odwołania negować — dokonując jednak porównania kwoty netto do kwoty brutto, które siłą rzeczy prowadzić musi do niemiarodajnych wyników.

2.Informacja o wartości szacunkowej zamówienia, która stanowiła dla Zamawiającego wartość porównawczą była przy tym zakomunikowana Odwołującemu w ramach wezwania z dnia 5 listopada 2020 r. w sposób czytelny i jednoznaczny. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, że cena jego oferty jest o ponad 30% niższa w stosunku do — ramach postępowania. Zamawiający podał jednocześnie tę wartość, która z uwagi na brzmienie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp każdorazowo musi być wartością bez podatku od towarów i usług, o czym Odwołujący jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie musiał zdawać sobie sprawę.

3.W takiej sytuacji, w której wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa o ponad 30% od wartości zaoferowanej przez danego wykonawcę w ramach oferty, zgodnie z art. 90 ust. la ustawy Pzp wezwanie danego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest nie tyle uprawnieniem ale obowiązkiem Zamawiającego, co wynika z samej konstrukcji tego przepisu, w ramach którego ustawodawca posługuje się sformułowaniem „zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień", nakładając w konsekwencji na Zamawiającego imperatyw w tym zakresie. Odstąpienie od wezwania w takiej sytuacji może wynikać wyłącznie z okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia, z tym, że jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uprawnienie do odstąpienia od wezwania w takiej sytuacji możemieć charakter wyjątkowy i nie może być traktowane rozszerzająco.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na przykładowe, reprezentatywne stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie:

• wyrok KIO z dnia 25 styczniar2017 r., sygn. akt 103/17

Stwierdzenie, że różnica między ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia brutto jest większa niż 30% stanowi obligatoryjną podstawę wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w oparciu o art. 90 ust. la ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

•wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 367/17

Z przepisu art. 90 ust. la pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wyraźnie wynika, że zamawiający zwolniony jest z wezwania do wyjasnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny, gdy w żaden sposób jej wysokość nie budzi wątpliwości zamawiającego. Zamawiający zwolniony jest z tego obowiązku tylko w wyjątkowej sytuacji, która nie może być interpretowana rozszerzająco.

•wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2516/18

Z treści art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wynika zatem wyraźny obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień o których mowa w ust. 1 art. 90 Prawa zamówień publicznych, w okolicznościach określonych w tym przepisie, tj. w przypadku wystąpienia określonego w nim wskaźnika matematycznego. Zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, w wyjątkowej sytuacji, tj. gdy rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia ustaloną przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust, 1 i 2 lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zwolnienie zamawiającego z nałożonego treścią art 90 ust. la pkt 1 Prawa zamówień publicznych obowiązku nie może być traktowane rozszerzająco,

• wyrok KIO z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19

W tym miejscu podkreślić należy, iż odstąpienie przez zamawiającego od wezwania wykonawcy w ww. trybie winno mieć charakter wyjątkowy i nie może być intepretowane w sposób rozszerzający. Nie jest zatem tak, że znacząco wyższy szacunek zamówienia dokonany przez zamawiającego z należytą starannością przed wszczęciem postępowania automatycznie zwalnia zamawiającego z obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. la ustawy Pzp zwłaszcza gdy jest on zestawiany z najniższą ceną oferty. Odstąpienie od wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinno być przedmiotem szczegółowej i obiektywnej analizy, której cel sam w sobie-nie może sprowadzać się do wyboru oferty z najniższą ceną.

5. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący wywodzi niezasadność wystosowania w stosunku do jego oferty wezwania do wyjaśnienia-rażąco niskiej ceny, opierając się włącznie na cenach konkurencyjnych ofert i automatycznie konstruując na tej podstawie wniosek o oczywistym przeszacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego. W tym kontekście należy jednak podkreślić, że o ile nie jest wykluczone powoływanie się przez wykonawców na okoliczności, które ich zdaniem uprawniałyby do odstąpienia od składania wyjaśnień, to dane okoliczności, z których wykonawca wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, muszą być przez niego udowodnione. Zastosowanie znajduje w tym zakresie ogólna reguła dowodzenia wynikająca z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, którą w odniesieniu do okoliczności mających decydować o odstąpieniu od wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny; potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 858/15), zgodnie z którym fakt : przeszacowania zamówienia musi być przez wykonawcę udowodniony. Podobnie również w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 3011/13), w ramach którego ten ciążący na Odwołującym aspekt dowodowy również był usankcjonowany: „W ocenie Izby również nie są uprawnione ogólne zarzuty co do prawidłowości wyceny szacunkowej zamówienia sporządzonej przez zamawiającego, nieudowodnione przez odwołującego jest stwierdzenie w odwołaniu, że wycena zamawiającego ma charakter historyczny i nie odzwierciedla warunków rynkowych

6.W przedmiotowym przypadku, Odwołujący w ogóle nie podejmuje nawet próby jakiegokolwiek dowodzenia w tym zakresie — nie konstruuje żadnych uwag do kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, nie próbując nawet zapoznać się z jego założeniami. Jak wynika bowiem z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 listopada 2020 r. Odwołujący nie występował nawet do Zamawiającego o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami, nie podejmując więc nawet inicjatywy w poznaniu podstaw dokonanego oszacowania wartości zamówienia, zakładając z góry, że nastąpiło jego przeszacowanie. Zdaniem Przystępującego wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można jednak takiego założenia poczynić, a na pewno nie można uznać takiej okoliczności za oczywistą w rozumieniu art. 90 ust. la ustawy Pzp. Jak wynika chociażby z. odpowiedzi Zamawiającego naodwołanie z dnia 26 listopada 2020 r. podstawą dokonanego oszacowania wartości zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania były kosztorysy przygotowane na poziomie szczegółowości odpowiadającym formularzowi cenowemu składanemu w ramach ofert, które referują do wszystkich branż związanych z realizacją tej inwestycji. Już tylko ta okoliczność obrazuje więc, że oszacowanie zamówienia nastąpiła z poszanowaniem wytycznych ustawowych obciążających Zamawiającego w odniesieniu do ustalenia wartości zamówienia.

7.Cała inicjatywa dowodowa Odwołującego w tym zakresie skupia się natomiast na fragmentów orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza jedynie niezasadność wniosków wyprowadzanych przez Odwołującego, W tym kontekście podkreślić należy, że w przywoływanym przez Odwołującego wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2516/18) Izba wskazała wyraźnie, że: „Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający nie wykazał zaistnienia oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnień, które uprawniałyby go do odstąpienia od wezwania wykonawców NETIA S.A. oraz ”INFOMEX” Sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny oferty. Uwadze Izby nie umknęła okoliczność że Zamawiający w notatce z dnia 13 listopada 2018 r. stwierdził jedynie, że złożone oferty są na porównywalnym poziomie, a wartość szacunkowa zamówienia przygotowana na podstawie cen wliczonych w ogólnie dostępnych wyjaśnień. Brak jest w treści notatki szerszego wywodu merytorycznego w ww. zakresie, w szczególności w kontekście przyjętej przez Zamawiającego metody kalkulacji szacunku zamówienia. Nie jest bowiem tak, że każda, znacząca rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VA T a cenami ofert złożonych w danym postępowaniu świadczyć będzie o przeszacowaniu wartości zamówienia. Nie sposób bowiem wykluczyć sytuacji, w której wszystkie oferty złożone w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia będą zawierały cenę rażąco niską. Podobnie, w kolejnym przywoływanym przez Odwołującego wyroku z dnia 16 czerwca 2020) r. (sygn. akt KIO 709/20), gdzie niezasadność wezwania do wyjaśnienia rażąconiskiej ceny wyprowadzona została z kilkuprocentowego odchylenia ceny ofertowej od wartości szacunkowej zamówienia, a nie jak w przedmiotowym przypadku w sytuacji kilkudziesięcioprocentowej różnicy, przybierającej w wartościach bezwzględnych kwotę ponad 100 milionów złotych.

8.Co za tym idzie, trudno przyznać rację Odwołującemu, iż w okolicznościach sprawy nie zachodzą żadne obiektywne okoliczności, które uzasadniałyby weryfikację zaoferowanej przez niego ceny. Zamawiający stanął w przedmiotowej sprawie przed sytuacją, w której w odniesieniu do istotnego i wartościowego z perspektywy realizacji jego statutowych zadań zamówienia otrzymał oferty znacznie odbiegające od zakładanego szacunku i w konsekwencji w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert zasadnie wszczął procedurę wyjaśniającą. W okolicznościach sprawy nie zaszły żadne obiektywne okoliczności, które mogłyby stanowić o odstąpieniu od wezwania, w szczególności nie nastąpił żaden gwałtowny spadek cen materiałów budowlanych, nie nastąpiły też żadne rynkowe uwarunkowania inwestycyjne, które automatycznie mogłyby w świadomości Zamawiającego podważyć profesjonalnie i szczegółowo przygotowany

szacunek tej inwestycji, przeprowadzony zgodnie z dyspozycją art. 32 i nast. ustawy Pzp.

9.O zasadności odstąpienia od wezwania nie można mówić tym bardziej, jeśli uwzględnić, że już tylko na bazie zsumowanej wartości kosztów przedstawionych przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie powiększonej o podatek VAT, stwierdzić można, że cena zaoferowana przez Odwołującego odbiega od tej wartości o blisko 30% (28,57%), a więc o ponad 60 milionów złotych, Jak zostało wskazane na wstępie, w odniesieniu do łącznej wartości szacunkowej zamówienia ta różnica wynosiła z kolei aż ponad 41 %, a więc ponad 100 mln złotych. Wobec tak dużych różnic cenowych pomiędzy dokonanymi przez Zamawiającego szacunkami, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego, Zamawiający nie mógł przejść obojętnie. Wydaje się, iż Odwołujący formułując zarzuty odwołania skoncentrował się wyłącznie na cenach ofertowych zaoferowanych przez konkurencyjnych wykonawców, pomijając, że ustawodawca jako dwa, niezależne od siebie mierniki weryfikacji realności zaoferowanej ceny, wskazał zarówno wartość szacunkową zamówienia, jak i średnią arytmetyczną ofert złożonych w postępowaniu. za tym idzie, oba te mierniki muszą być przez Zamawiającego brane pod uwagę w toku badania i oceny ofert, co słusznie miało miejsce również w przedmiotowym przypadku.

10.Na marginesie, Przystępujący wskazuje też, że instytucja weryfikacji realności zaoferowanej ceny znajduje szerokie zastosowanie i nie jest też ograniczana wyłącznie do sytuacji 30% odchylenia odpowiednio od wartości szacunkowej zamówienia bądź średniej arytmetycznej złożonych ofert.

z dnia 28 marca 2019 r. (sygn. akt KIO 417/19), w którym wskazane zostało, że „regulacja zawarta w art. 90 ust. la ustawy - Prawo zamówień publicznych precyzyjnie określa poziom cen ofert oraz odniesienia porównawcze ceny oferty, w których zamawiający musi zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie, czy cena zaoferowana w ofercie nie jest rażąco niska. Należy jednak zauważyć, że nawet jeżeli nie występuje 30 % różnica między cenami oferowanymi wykonawcę w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej ofert, to nie oznacza, że zamawiający nie posiada uprawnienia i obowiązku wezwania wykonawców do wyjaśnień". Podobnie również w wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 858/15), gdzie podniesiono, że „mogą istnieć też takie sytuacje uzasadnione specyfikązamówienia, że wątpliwości powinny u zamawiającego budzić również ceny wyższe niż 30% od wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej ofert, wówczas również zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień.

Il. Treść wezwania

11. Odwołujący negując treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego pomija, że Zamawiający nie ograniczył się do weryfikacji cen jednostkowych zaoferowanych przez danego wykonawcę. Podstawą wezwania, co wyraźnie zaznaczone zostało w jego treści, była globalna cena ofertowa, a więc fakt, że cena ofertowa Odwołującego wynosi 152.153.821,08 zł brutto przy szacunkowej wartości zamówienia na poziomie 212.616.773,49 zł netto (261.518.631,39 zł brutto).

12.Obszary, które wskazane zostały przez Zamawiającego w treści wezwania jako obszary do wyjaśnień zostały wskazane przez niego jedynie przykładowo (co równie wyraźnie z treści wezwania wynika), nie wyczerpując treści oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. To wskazanie Zamawiającego było więc dla wykonawcy swoistą -„wskazówką", która nie oznaczała bynajmniej, że Zamawiający wyłącznie na bazie tych cen jednostkowych wyprowadza wniosek o zaistnieniu w ofercie ceny rażąco niskiej. Takie stanowisko prezentowane przez Odwołującego jest nadinterpretacją skierowanego do niego wezwania.

13.Oczywistym jest przy tym, że skoro cena ofertowa zaoferowana przez wykonawców w ramach tego postępowania stanowiła sumę cen jednostkowych przedstawionych w ramach formularza cenowego, to te obszary składają się na cenę całkowitą, wpływając na jej wysokość. Równie oczywistym jest, że wskazany przez wykonawców podział cenowy zaprezentowany w ramach formularza cenowego, bez względu na przyjęty charakter wynagrodzenia, musi mieć swoje uzasadnienie i jest wynikiem założeń przyjętych przez każdego z wykonawców. Fakt różnego podejścia przez wykonawców do lokowania zysku czy kosztów pośrednich w każdej cen jednostkowych, na który to powołuje się Odwołujący wskazując na niezasadność uzasadniania szczegółowych cen zaprezentowanych przez niego w formularzu cenowym, stanowi właśnie materię, która zaprezentowana winna być Zamawiającemu w toku wyjaśnień; potwierdzając więc de facto tylko zasadność oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie.

14.Odwołujący przedstawiając uzasadnienie odwołania w tym zakresie „wskazuje, że przez wzgląd na charakter ryczałtowy wynagrodzenia przewidziany dla przedmiotowego postępowania określone przez niego samego rozbicie cenowe nie ma żadnego znaczenia, a tym samym określone przez niego ceny za poszczególne odcinki nie mogą być w jakikolwiek sposób weryfikowane. Z taką koncepcją nie można się jednak zgodzić, o tyle, że w zasadzie w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający musiałby zostać pozbawiony możliwości poznania założeń kalkulacyjnych dokonanych przez danego wykonawcę. Te założenia kalkulacyjne siłą rzeczy odnoszą się tak do globalnej ceny ofertowej, jak i poszczególnych składowych na nią się składających. Nieprawidłowość koncepcji przez Odwołującego potwierdza też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej — przykładowo w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 661/17) wskazane zostało, że: „W pierwszej kolejności wskazać należy, żeZamawiający jest uprawniony do badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie tylko w przypadku ceny kosztorysowej, ale również w sytuacji, gdy cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Ustalenie, czy poszczególne roboty składające się na przedmiot zamówienia (a niemające nieistotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być, niezbędne do ustalenia realności całej ceny oferty - jeżeli niektóre roboty zostały niedoszacowane, może okazać się, że niedoszacowana jest cała cena. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającym rzetelnego badania realności ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy. W związku z powyższym ocena zaoferowanej ceny ryczałtowej, jakkolwiek powinna uwzględniać charakter tej ceny, nie wyklucza badania prawidłowej wyceny jej części składowych".

15.Szerzej w kontekście zasadności weryfikacji ceny zaoferowanej przy konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego i szczegółowości wyjaśnień, które winny zostać przedstawione wypowiedziała się też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1880/19, KIO 1895/19), gdzie wskazane zostało, że: „W pierwszej kolejności Izba zauważa, że nie podziela twierdzeń odwołującego, jakoby możliwość weryfikacji ceny oferty, w świetle art 90 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego była ograniczona. Twierdzenia te, zdaniem Izby, nie znajdują normatywnej podstawy. Żaden przepis ustawy Pzp nie prowadzi do wniosku, że zamawiający powinien w odmienny sposób prowadzić procedurę udzielania wyjaśnień przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w

zależności od charakteru oferowanego wynagrodzenia, a co za tym idzie, również ich ocenę. Na próżno w powołanym przepisie poszukiwać odmiennego ukształtowania procedury prowadzącej do badania ceny oferty do wynagrodzenia ryczałtowego i kosztorysowego. Skoro tak, to w ocenie Izby, wolą ustawodawcy nie było ustalenie odrębnych procedur ze względu na stosowane w postępowaniu wynagrodzenie. Nie mogą również znaleźć aprobaty twierdzenia, że zamawiający badając wysokość zaoferowanej ceny winien odnosić się wyłącznie do dwóch aspektów oferty odwołującego tj. ceny globalnej oraz wyodrębnionego w "Wykazie płatności" elementu pod nazwą "Roboty", Żądanie przez zamawiającego "Wykazu Płatności", który referuje jedynie do trzech głównych elementów zamówienia, nie ma wpływu na obowiązek wykonawcy w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Okoliczność, że ten nie jest szczegółowy i nie zawiera "rozbicia" na mniejsze, bardziej szczegółowe elementy, nie ogranicza zamawiającego w badaniu ceny zaoferowanej przez odwołującego i pozostaje bez wpływu na treść wyjaśnień, jakie wezwany wykonawca winien złożyć, aby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Co istotne w każdym z elementów, które zostały w wykazie płatności wymienione mieści się zakres jakiś zakres prac i kosztów, które poniesie wykonawca ubiegający się o to zamówienie, nie jest przecież tak, ze wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rozmiaru wykonanych prac i wartości poniesionych kosztów. oznaczałoby, że wynagrodzenie, które zostało skalkulowane zostało w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, zupełnie nieadekwatne do zakresu zamówienia ,winno być przez zamawiającego przyjęte. Oczywiście z taką koncepcją nie sposób się zgodzić, Przyjęcie w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego wcale nie powoduje, że cena nie musi być skalkulowana w sposób realny i żaden z działających na rynku przedsiębiorców z pewnością tak nie czyni. Nie budzi wątpliwości, że każde wynagrodzenie jest wynikiem kalkulacji; które w celu ograniczenia ryzyka niepowodzenia danego przedsięwzięcia, dokonywane są na etapie przygotowania ofert i znajdują swoje uzasadnienie w realiach życia rynkowego. Tym samym zamawiający ma prawo zbadać, na mocy art. 90 ust. 1 ustany Pzp, czy zaoferowana cena lub koszt lub składowe tej ceny, są adekwatne do przedmiotu zamówienia i czy zostały w sposób rynkowy skalkulowane.

16.Powyższe potwierdza zasadność żądania i przedstawienia przez wykonawców również w odniesieniu do kalkulacji ceny o charakterze ryczałtowym wyjaśnień obrazujących w sposób szczegółowy w jaki sposób do danej globalnej ceny doszli. Przekładając to na grunt przedmiotowego postępowania zasadnym było więc żądanie przedstawienia Zamawiającemu szczegółowych kalkulacji i dowodów obrazujących co kryje się pod wyceną poszczególnych odcinków, a w konsekwencji pod zaoferowaną ceną globalną, w tym wykazanie czy wszystkie wymagane elementy w globalnej cenie ofertowej zostały należycie skalkulowane. Odwołujący w ramach wniesionego odwołania zasadność przedstawienia wyjaśnień na takim poziomie szczegółowości neguje, wskazując, że wyceny poszczególnych elementów robót są różne w ofertach poszczególnych wykonawców. Odwołujący pomija jednak w tym aspekcie całkowicie, że te elementy zostały przez wszystkich innych wykonawców w tym postępowaniu wyjaśnione. Każdy z wykonawców zobowiązany był do złożenia szczegółowych kalkulacji i dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, stąd w konsekwencji każdy z nich zobowiązany był do zobrazowania jakie elementy prac w jakich pozycjach zostały skalkulowane i jakie jest uzasadnienie dla takiej kalkulacji, a w konsekwencji jakie jest uzasadnienie dla łącznej ceny ofertowej na danym poziomie. Przystępujący jako podmiot, który takie wyjaśnienia składał zaznacza przy tym, że oczywistym jest, że szczegółowe kalkulacje potwierdzające realność zaoferowanej ceny mają swoje źródło w przedstawionym uprzednio formularzu cenowym, stanowiąc jego rozwinięcie i doszczegółowienie (w przypadku przystępującego materiał ten stanowił ponad 100 stronicowy dokument).

III. Zasada uczciwej konkurencji

17.Odwołujący akcentuje w swoim odwołaniu, iż wezwanie go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji zdefiniowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Przystępującego w okolicznościach przedmiotowego przypadku mamy do czynienia z sytuacją wręcz odwrotną — wezwanie wystosowane do Odwołującego dnia 5 listopada 2020 r. świadczy o tym, że Zamawiający zastosował tożsame standardy do wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Jak zostało to już powyżej zasygnalizowane, wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w ramach przedmiotowego postępowania wzywani byli do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wszyscy do tego wezwania się zastosowali. Żądanie przedstawienia wyjaśnień dotyczyło więc nie tylko Odwołującego, ale też podmiotów, które skalkulowały swoją ofertę na poziomie od kilku do kilkunastu milionów wyższym niż Odwołujący. Co za tym idzie, wezwanie skierowane do Odwołującego obrazuje właśnie to, że Zamawiający respektuje zasadę przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Paradoksalnie to właśnie uwzględnienie odwołania i przychylenie się do żądania spowodowałoby, że w ramach Postępowania doszłoby do naruszenia tej podstawowej zasady prowadzenia postępowania. Zamawiający wyłącznie bowiem w odniesieniu do oferty Odwołującego miałby uznać niezasadność swoich żądań w zakresie podstawowego mechanizmu jaki przysługuje mu w ramach badania i oceny ofert.

18.W kontekście zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, warto też zwrócić uwagę, że przedmiotowe postępowanie odwoławcze jest kolejną sprawą dotyczącą prawidłowości oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu. Odwołujący sygnalizuje tę okoliczność w ramach uzasadnienia swojego odwołania, wskazując, że Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn.KIO 2340/20, uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty z uwagi na przypisanie wartości 0 złotych do jednej z pozycji formularza cenowego, co uzasadniała m.in. tym, że każdy z wykonawców mógł mieć inną koncepcję na przypisywanie wartości cenowych do poszczególnych pozycji. Odwołujący pomija jednak fakt, że w ramach rozprawy toczącej siew ww. sprawie, składał deklaracje „wskazujące na wartość niewycenionej pozycji, którą rzekomo uwzględnił w swoim formularzu cenowym, Odwołujący odwoływał się też do cen niewycenionej pozycji zaoferowanych przez innych wykonawców, uznając wówczas (wbrew obecnemu stanowisku), że deklaracje składane w ramach formularza cenowego są dla wykonawców wiążące i obrazują przyjęty przez nich sposób wyceny. Obecnie, na dalszym etapie postępowania, kiedy Zamawiający wzywa Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tego drugiego mechanizmu weryfikacyjnego Odwołujący Zamawiającego pozbawia. Prowadzi to do sytuacji, w której Odwołujący- uzurpuje sobie prawo wyłącznie do składania deklaracji co do zakresu swojej oferty, unikając jednak ich poparcia szczegółowymi informacjami dotyczącymi wyceny. W konsekwencji oznacza to, że Zamawiający tak naprawdę nie uzyska rzetelnej i kompleksowej wiedzy co do tego czy dane elementy prac zostały przez Odwołującego uwzględnione zgodnie z postanowieniami SIWZ i prawidłowo wycenione. Tylko bowiem uzyskanie kompleksowej informacji o wycenie umożliwiłoby wykazanie gdzie dane asortymenty zostały skalkulowane i czy założenia przyjęte przez Odwołującego umożliwiają „zamknięcie" ceny ofertowej w globalnej kwocie wskazanej przez wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, który złożył ofertę z ceną drugą pod względem konkurencyjności (BUDIMEX S.A.) to jest bezpośrednio po cenie zaoferowanej w ofercie odwołującego (ERBUD S.A.). Na posiedzeniu żadna ze stron nie złożyła wniosku w sprawie bezskuteczności przystąpienia jak i opozycji. Izba rozpatrując wniosek przystąpienia nie stwierdziła naruszeń art.185 ust.2 i 4 po stronie przystępującego i postanowiła dopuścić do postepowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystępującego BUDIMEX S.A.

Zamawiający jak i przystępujący po jego stronie nie zgłosili wniosku o odrzucenie odwołania w związku z przepisami art.189 ust.2 ustawy. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i postanowiła o skierowaniu sprawy do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdza, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jak podnosi w odwołaniu, jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego i spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Nadto oferta odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. Jednocześnie cena odwołującego jest na poziomie zbliżonym do cen innych wykonawców i na poziomie zbliżonym do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta, jak twierdzi odwołujący, powinna zatem otrzymać najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieorganicznego dotyczy „Podniesienia jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku - Etap I inwestycji" (Znak sprawy/postępowania: ZP/03/20).

Przedmiot zamówienia dotyczy robót budowlanych w systemie „buduj", w oparciu o przygotowaną przez zamawiającego kompletną dokumentację techniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2020r. pod poz. 2020/S 113-273197 .

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniu to sprowadzają się one do zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 5 listopada 2020r., który w ocenie odwołującego bezpodstawnie wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny pod zarzutem rażąco niskiej ceny.

Jak już powyżej, Izba przedstawiając zarzuty i żądania odwołania, sformułowano je w odwołaniu jako naruszenie następujących przepisów ustawy, w związku z powyższym wezwaniem:

- art. 90 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

- art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

- art. 7 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających wystosowanie takiego wezwania;

- art. 90 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.;

- art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.;

- art. 7 ust. 1 przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w sposób zmierzający do weryfikacji cen jednostkowych elementów robót, a nie ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A.

Z powyższego zestawienia wynika, że zarzuty odwołania oscylują wokół art.90 ust.1 i ust.1a w zw. z art.7 ust.1 ustawy.

Sam zamawiający na rozprawie odpierając zarzuty co do braku określenia w wezwaniu jednoznacznej podstawy prawnej wezwania, doprecyzował ją do okoliczności wezwania wynikających z art.90 ust.1 a ustawy, z powodu przekroczenia różnicy 30 % między wyceną szacunkową zamówienia a ceną oferty odwołującego. Przyznał, że cena szacunkowa zawiera 20 % kwoty przewidzianej na roboty dodatkowe. Natomiast odwołujący powoływał się na o wiele niższa kwotę do kwoty szacunku, podaną na otwarciu ofert, to jest kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W tej sytuacji kwota na otwarciu ofert a kwota oferty odwołującego to różnica zaledwie kilku procent. Natomiast porównanie średniej arytmetycznej złożonych ofert z kwotą oferty odwołującego to różnica nie wyższa niż kilkanaście procent. Poza tym zamawiający, który wszystkich pozostałych wykonawców wezwał do wyjaśnień zastosował inna regułę do wyjaśnień niż odwołującego. Zamawiający wzywając we wrześniu 2020r. pozostałych wykonawców wzywał do wyjaśnienia ich cen całkowitych, które są cenami ryczałtowymi, a nie cen poszczególnych pozycji ceny ryczałtowej to jest pozycji wymienionych w formularzu cenowym. Natomiast zamawiający wzywając odwołującego w miesiącu listopadzie, wezwał do wyjaśnienia poszczególnych pozycji z formularza cenowego, w przypadku przekroczenia średnich arytmetycznych pozycji formularza cenowego powyżej 30 procent wynikających z ofert. Jak zamawiający wyjaśnił na rozprawie tworzenie w formularzu pozycji cenowych wynikało z przydzielonych płatności. Należy wskazać w tym miejscu, że dwóch zamawiających, którzy tworzą porozumienie umówili się co do pozycji formularza, które będzie każdy z nich regulował za poszczególną pozycję. Powyższy podział płatności między zamawiających nie miał wprost przełożenia na podział robót objętych dokumentacją techniczną.

Podsumowując argumentacja faktyczna odwołującego oparta jest o kwotę jaką podał zamawiający na otwarciu ofert, gdzie różnica między ofertą odwołującego a kwotą zamawiającego to kilka procent. Następnie różnica między średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, a ceną oferty odwołującego to kilkanaście procent. Poza tym nierówne traktowanie pozostałych wykonawców w stosunku do wykonawcy odwołującego w treści wezwania. Odwołujący miał za zadanie wyjaśnić poszczególne pozycje z formularza cenowego wynagrodzenia, a pozostali wykonawcy z ceny całkowitej, która jest ceną ryczałtową.

Te wszystkie okoliczności faktyczne według odwołującego miały świadczyć o zakwalifikowaniu zaistniałej sytuacji do oczywistych okoliczności (art.90 ust.1a ustawy) do zwolnienia z wyjaśniania ceny.

Należy nadmienić, że argumentację zamawiającego stanowiła okoliczność, że wszyscy pozostali wykonawcy dostosowali się do wezwania zamawiającego, składając wyjaśnienia. Natomiast odwołujący jako jedyny, co prawda złożył wyjaśnienia, obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa, ale jednocześnie w terminie przewidzianym ustawą, złożył odwołanie zaskarżając podstawę prawną do wezwania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W tych okolicznościach odwołujący stawiając zarzut naruszenia art.90 ust.1 i ust 1a ustawy domagał się unieważnienia czynności wezwania zamawiającego, jako bezpodstawnej w oparciu o stan faktyczny i treść przywołanych przepisów.

Odwołujący popierając odwołanie wskazywał także na przeszacowanie wartości zamówienia w kontekście kwoty jaką zamawiający podał na otwarciu ofert, okoliczność wliczenia do kwoty szacunkowej wartości robót dodatkowych oraz zbieżne kwoty wynagrodzeń wszystkich wykonawców.

Izba rozstrzygając zaistniały spór wzięła pod uwagę okoliczność, że cena ma charakter ryczałtowy i skutki z tego wynikające z art.632 i 649 k.c. w zw. z art. 14 ustawy, a zamawiający żądał nie jej wyjaśnienia tylko wybranych pozycji z formularza cenowego, w związku z podziałem płatności przez zamawiającego między uczestników porozumienia.

Izba dokonując oceny argumentacji odwołującego oraz zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego, uwzględniając przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, jak i złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień i oświadczeń stron i uczestnika, uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji wyroku.

Powyższe Izba orzekła stwierdzając i podzielając argumentację odwołującego jako wskazującą na naruszenie art. 90 ust.1 i ust.1 a oraz art.7 ust.1 ustawy uwzględniając art. 32 ust.1 i ust.3 ustawy oraz art.86 ust.3 ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania, w sytuacji gdy oferta wykonawcy wybranego jest najkorzystniejszą i gwarantuje jemu uzyskanie zamówienia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, na podstawie art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego złożył fakturę vat za udział w procesie, stąd zasądzono 3600.00, na rzecz zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: ……..……