

WYROK

z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 4 i 16 listopada 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Ed. Züblin A.G., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych Wycenionego Przedmiaru Robót w odniesieniu do poszczególnych działów w zakresie szczegółowego wyliczenia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót tj.: działu 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (ŚN), działu 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (ŚP), działu 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej, działu 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej, działu 4.1. Część drogowa, działu 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem.
2. Kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Ed. Züblin A.G., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania
- 2.1. zasądza od **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Ed. Züblin A.G., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** 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 Warszawie

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów, numer referencyjny zamówienia: GL.ROZ.2810.39.2020.EB.

Działając w imieniu odwołującego na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „PZP”), wniesiono odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych Wycenionego Przedmiaru Robót.

Opisanym wyżej czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania;

2. art. 90 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych Wycenionego Przedmiaru Robót w odniesieniu do poszczególnych działów w zakresie szczegółowego wyliczenia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót tj.: działu 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (ŚN), działu 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (ŚP), działu 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej, działu 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej, działu 4.1. Część drogowa, działu 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem, gdyż:

- w wezwaniu tym nie wskazano wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego,

- wezwanie odnosi się do wyjaśnienia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót, których wykonawcy nie byli zobowiązani określać, a więc wezwanie jest niezgodne z wymaganiami odnoszącymi się sposobu obliczenia ceny przedmiotu zamówienia, określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji zmierza do niedopuszczanej modyfikacji treści oferty Odwołującego;

- skierowanie wezwania narusza zasady konkurencji i równego traktowania wykonawcy, gdyż wyznaczony termin na złożenie wyjaśnień jest nierealny - Odwołujący nie ma możliwości przygotowania i złożenia w wyznaczonym terminie kompleksowych, rzetelnych informacji w przedmiocie sposobu kalkulacji cen, a także nie ma możliwości przedstawienia dowodów potwierdzających, że zaofiarowane ceny Wypelnionego Przedmiaru Robót nie są rażąco niskie;

3. art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy PZP poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia do żądania wyjaśnień w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w przypadku gdy:

-Odwołujący w dniu 10.08.2020 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia co do treści oferty w zakresie wyceny wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych Wycenionego Przedmiaru Robót, tj.: poz. 1.1., poz. 1.2., poz. 1.10., poz. 2.1.1.1., poz. 2.1.1.8., poz. 2.1.1.9., poz. 2.1.1.10., poz. 2.1.1.11., poz. 2.1.1.12., poz. 2.1.1.13., poz. 2.1.1.13., poz. 2.1.1.14., poz. 2.1.1.15., poz. 2.1.1.16., poz. 2.1.1.17., poz. 2.1.1.21., poz. 2.1.1.26, poz. 2.2.1.2, poz. 2.2.1.7., poz. 2.2.1.22., poz. 2.2.1.23., poz. 2.2.1.24, poz. 2.2.1.25, poz. 2.2.1.26, poz. 2.2.1.27, poz. 2.2.1.28., poz. 2.2.1.29., poz. 2.2.1.30, poz. 2.2.1.31, poz. 2.2.1.40., poz. 2.2.1.45., poz. 2.2.2.3.1, poz. 2.2.3.3b, poz. 2.2.4.2b, poz. 2.2.5.1a, poz. 2.2.5.1 b, poz. 2.3.1.1., poz. 2.3.1.5., poz. 2.3.2.3, poz. 2.3.2.17, poz. 2.3.2.19., poz. 2.3.2.22., poz. 2.3.2.25., poz. 2.4.1.3., poz. 2.4.1.4, poz. 2.4.1.8., poz. 2.3.2.1.poz. 2.4.2.5., poz. 2.4.3.3., poz. 2.4.3.17., poz. 2.4.3.19., poz. 2.4.3.25., poz. 2.4.4.3.poz. 2.4.4.9., poz. 2.5.1.6., poz. 2.5.1.12., poz. 2.5.1.14, poz. 2.S.2.2.3., poz. 2.5.2.3.3., poz. 2.5.2.3.18, poz. 2.5.2.4A, poz. 2.5.2.5.18., poz. 2.6.1.2., poz. 2.6.1.5., poz. 2.6.2.4., poz. 2.6.2.13, poz. 2.6.2.19., poz. 2.6.2.23., poz. 2.6.2.26., poz. 2.7.1.18, poz. 2.7.2.4., poz. 2.8.1.29, poz. 2.8.1.30., poz. 2.8.1.31, poz. 2.8.3.11, poz. 2.8.3.12, poz. 2.8.3.38., poz. 2.8.3.40, poz. 2.8.3.41., poz. 2.8.3.60, poz. 2.8.3.61, poz. 2.8.3.63, poz. 2.8.3.68., poz. 2.9.1.1., poz. 2.9.2.5., poz. 2.10.1.1., poz. 3.1.2.2.3, poz. 3.1.6.1., poz. 3.1.6.4., poz. 3.1.6.8, poz. 4.1.1.4, poz. 4.1.2.1., poz. 4.1.3.2., poz. 4.2.1.24, poz. 6.1.1.2.3., poz. 6.1.5.5.1. poz. 6.1.6.5., poz. 6.2.1.2., poz. 6.2.1.3., poz. 6.2.2.2.3., poz. 6.2.6.5.1., poz. 6.2.7.6., poz. 6.3.2.3., poz. 6.3.3.1, poz. 6.3.4.1., poz. 7.1.1.1.8., poz. 7.1.1.3.1., poz. 7.1.1.3.3., poz. 7.2.1.9., poz. 7.2.1.10., poz. 8.5.12, poz. 8.5.19, poz. 9.1.1.9, poz. 9.1.1.13, poz. 9.1.2.12, poz. 9.1.3.5., poz. 9.1.3.16, poz. 9.1.3.19. poz. 9.1.3.22., poz. 9.1.3.30, poz. 9.1.3.33, poz. 9.1.3.35, poz. 9.2.1.2.6., poz. 9.2.2.1.8., poz. 9.2.2.1.9., poz. 9.2.2.2.6., poz. 9.2.3.1.9., poz. 9.2.3.2.4., poz. 9.3.2.5., poz. 9.2.3.2.8., poz. 9.2.3.2.9., poz. 9.2.3.4.5.,

- Odwołujący w dniu 20.08.2020 r. złożył wyjaśnienia dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji Wycenionego Przedmiaru Robót tj. pozycji: 2.1.1.2, poz. 2.8.1.7, poz. 2.1.1.3, poz. 2.2.1.4, poz. 2.1.1.15., poz. 2.2.1.29, poz. 2.2.1.30., poz. 2.8.1.14., poz. 2.8.1.15., poz. 2.8.1.16, poz. 2.8.1.17., poz. 2.1.3.7, poz. 2.1.4.2., poz. 2.1.5.5., poz. 2.1.6.3., poz. 2.2.6.7., poz. 2.2.7.7., poz. 2.2.8.3., poz. 2.3.2.19., poz. 2.3.2.22., poz. 2.4.3.19, poz. 2.4.3.22., poz. 2.5.2.5.18., poz. 2.6.1.2., poz. 2.6.1.5., poz. 2.6.2.23., poz. 2.6.2.26. w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny

-w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie występują okoliczności mogące budzić wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

-zaoferowana przez Odwołującego cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, nie wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do ceny jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, podanej w trakcie otwarcia ofert, jak i cen ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców w niniejszym postępowaniu;

- w wezwaniu tym nie wskazano wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego

- wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie przez Odwołującego wyjaśnień i przedstawienie dowodów na okoliczność wykazania, iż zaoferowana przez niego cena czy ceny jednostkowe Wypełnionego Przedmiaru Robót nie są rażąco niskie jest nierealny.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych Wycenionego Przedmiaru Robót w odniesieniu do poszczególnych działów w zakresie szczegółowego wyliczenia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót tj.: działu 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (ŚN), działu 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (ŚP), działu 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej, działu 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej, działu 4.1. Część drogowa, działu 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w zakresie inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Oferta Odwołującego Konsorcjum firm: Strabag spółka z o.o. oraz Ed Zublin A.G. jest sporządzona prawidłowo i ma szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma zatem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27.05.2010 r., III CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż: „Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku”. Z kolei w wyroku z 11.07.2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808, Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wskazała, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołań jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.” Źródłem szerokiej interpretacji omawianej materialnoprawnej przesłanki odwołania jest art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. W duchu tego poglądu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.07.2016 r., KIO 1102/16, LEX nr 2143909, przyjęła, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołań jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznaniem przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”.

Termin:

Odwołujący otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP w dniu 05.10.2020 r., zatem wniesienie odwołania następuje z zachowaniem terminu przewidzianego treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP. Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 PZP.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Odwołujący oświadcza, iż w dniu 09.10.2020 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 180 ust. 5 PZP.

Pozostałe informacje:

Odwołujący wskazuje, że w dniu 11.05.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o numerze 2020/S 091-215967.

Uzasadnienie

1.1. Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów”, numer referencyjny zamówienia: GLROZ.2810.39.2020.EB.

1.2. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów i obejmuje:

- budowę nowej komory o parametrach użytkowych 190m długości i 12m szerokości z głową pośrednią, wraz z wyposażeniem technicznym, mechanicznym i hydraulicznym (wrota wsporne, zamknięcia kanałów obiegowych, zamknięcia remontowe),
- przebudowę istniejącej komory pociągowej z wyposażeniem technicznym, mechanicznym i hydraulicznym,
- modernizację infrastruktury i obiektów towarzyszących niezbędnych do przebudowy obiektów śluzowych, takich jak drogi, mosty nad głowami dolnych śluz, przebudowa i budowa awanportów, postojowisk oraz przebudowę syfonu i ciekłu „Sonia”, nasadzenia zastępcze, wykonanie placu składowego i nasypu ziemnego przy lewym peronie nowej śluzy,
- budowę nowej sterowni śluzowej.

Zgodnie z pkt. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem umowy, Zamawiający przewiduje za wykonanie przedmiotu zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe.

1.3. W celu określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawcy zobowiązani byli do wskazania ceny oferty w Formularzu Ofertowym oraz załączenia do oferty Wycenionego Przedmiaru Robót, w którym należało podać ryczałtowe ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji przedmiaru (pkt. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [Opis sposobu obliczenia ceny]).

1.4. Przedmiar został udostępniony wykonawcom przez Zamawiającego w formie elektronicznej. Zamawiający zablokował możliwość modyfikacji tego pliku, poza kolumnami 6 [Cena jednostkowa] i 7 [Wartość netto], które wykonawca miał obowiązek wypełnić. Kolumny te odnosiły się do poszczególnych pozycji przedmiaru robót.

1.5. W dniu 21.07.2020 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, podczas którego podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 212.391.707,99 zł brutto.

1.6. Zamawiający poinformował, iż w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- (i) Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” Spółka z o.o. za cenę 205.719.125,94 zł;
- (ii) Konsorcjum firm: WARBUD S.A. oraz VINCI CONSTRUCTION GRANDS PROJETS SAS za cenę 220.783.178,73 zł.;
- (iii) PORR S.A. za cenę 209.392.528,43 zł;
- (iv) Budimex S.A. za cenę 208.871.329,03 zł;
- (v) ETP S.A. za cenę 247.226.125,29 zł;
- (vi) Odwołujący za cenę 186.328.887,60 zł;
- (vii) Konsorcjum firm BUDO-MAR Spółka z o.o. i JUSTMAR T. M. za cenę 183.103.074,28 zł.

1.7. Z powyższego wynika, iż:

- (i) cztery oferty zostały wycenione poniżej kwoty określonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia;
- (ii) cena oferty Odwołującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek VAT ani nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert złożonych w postępowaniu.

2.1. W dniu 31.07.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści Wypełnionego Przedmiaru Robót w zakresie określonym w załączniku nr 1 do pisma. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający określił termin złożenia wyjaśnień do dnia 10.08.2020 r. Odwołujący miał zatem 10 dni na przygotowanie i udzielenie stosownych wyjaśnień. W piśmie z dnia 10.08.2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące wyceny wskazanych w wezwaniu Zamawiającego pozycji Wypełnionego Przedmiaru Robót. Odwołujący złożył wyjaśnienia do 132 pozycji Wycenionego Przedmiaru Robót.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 31.07.2020 r. (nr pisma GL.ROZ.2810.39.2020.EB)

2.3. Kolejno w dniu 10.08.2020 r. (a więc w tym samym dniu, w którym Odwołujący złożył wyjaśnienia co do treści

Wypełnionego Przedmiaru Robót) Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień popartych dowodami dotyczącymi istotnych części składowych zaoferowanej przez Odwołującego ceny oferty, które wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazane pozycje Wycenionego Przedmiaru

Robót, które Odwołujący winien wyjaśnić, zostały określone w Załączniku nr 1 do pisma Zamawiającego. Łącznie Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia 27 cen Wycenionego Przedmiaru Robót. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień do dnia 20.08.2020 r., Odwołujący miał zatem 10 dni na przygotowanie odpowiedzi oraz przedstawienie dowodów potwierdzających, że zaoferowane przez niego ceny nie są rażąco niskie.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 10.08.2020 r. (nr pisma GL.ROZ.2810.39.2020.EB)

2.4.Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący dwukrotnie, tj. w dniu 10.08.2020 r. oraz w dniu 20.08.2020 r. złożył wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji cen jednostkowych określonych w poz.2.1.1.15.,poz. 2.2.1.29, poz. 2.2.1.30., poz. 2.3.2.19., poz. 2.3.2.22., poz. 2.4.3.19, poz. 2.6.1.2., poz. 2.6.1.5., poz. 2.6.2.23., poz. 2.6.2.26. Wycenionego Przedmiaru Robót.

2.5.Następnie pismem z dnia 05.10.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, popartych dowodami dotyczącymi istotnych części składowych Wypełnionego Przedmiaru Robót w odniesieniu do poszczególnych Działów w zakresie szczegółowego wyliczenia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót, tj.:

- (i)działu 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (ŚN),
- (ii)działu 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (ŚP),
- (iii)działu 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej,
- (iv)działu 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej,
- (v)działu 4.1. Część drogowa,
- (vi)działu 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 05.10.2020 r. (nr pisma GLROZ.2810.39.2020.EB)

2.6.Odnosząc się do treści wyżej wymienionego wezwania Odwołujący podnosi, że wezwanie Zamawiającego jest nieprecyzyjne i ogólnikowe, a nadto jest sprzeczne z określonym przez Zamawiającego w pkt. 6 SIWZ [Sposób obliczenia ceny] sposobem kalkulacji ceny oferty.

2.7.Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy nie byli zobowiązani do określenia cen działów Przedmiaru Robót. Należało wycenić jedynie poszczególne pozycje Przedmiaru. Stąd też żądanie przez Zamawiającego przedstawienia wyjaśnień co do cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści złożonej przez Odwołującego oferty gdyż Odwołujący musiałby najpierw ceny takie określić, a następnie je wyjaśnić.

W kontekście powyższego, żądanie Zamawiającego jest całkowicie nieuprawnione, co więcej narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców, gdyż Zamawiający po złożeniu ofert, realizując swoje ustawowe uprawnienia, winien oceniać złożone oferty przez wykonawców na podstawie warunków, wymagań i kryteriów określonych w SIWZ. Stąd - o ile jest to oczywiście uzasadnione - Zamawiający pod kątem wszczęcia procedury o jakiej mowa w art. 90 ust. 1 ustawy PZP powinien weryfikować ceny jednostkowe poszczególnych pozycji Wypełnionego Przedmiaru Robót, tak jak to uczynił w wezwaniu z dnia 10.08.2020 r. lub cenę oferty ogółem, a nie zmierzać do niedopuszczalnej modyfikacji treści ofert.

2.9.Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający wysłał wezwanie do Odwołującego w przedmiocie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP w dniu 05.10.2020 r. o godz. 15.46. drogą elektroniczną. Zamawiający określił, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskich cen wraz z dowodami Odwołujący winien złożyć do dnia 09.10.2020 r. do godz. 10.00. Mając na uwadze to, że niedopuszczalna jest modyfikacja treści złożonej oferty, co oznacza, że brak jest podstaw po stronie Zamawiającego do żądania wyjaśnień cen poszczególnych działów Wycenionego Przedmiaru Robót, Odwołujący jedynie domyślając się, że być może Zamawiającemu chodzi o wyjaśnienie cen jednostkowych wszystkich

pozycji sklasyfikowanych w ramach poszczególnego działu wskazuje, że:

- (i)dział 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (ŚN) - obejmuje 173 pozycje kosztorysowe:
- (ii)dział 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (ŚP) - obejmuje 196 pozycji kosztorysowych,
- (iii)dział 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej - obejmuje 37 pozycji kosztorysowych,
- (iv)dział 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej - obejmuje 75 pozycji kosztorysowych,
- (v)dział 4.1. Część drogowa - obejmuje 30 pozycji kosztorysowych,
- (vi)dział 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem - obejmuje 65 pozycji kosztorysowych.

Wobec powyższego jedynie z daleko posuniętej ostrożności hipotetycznie można by założyć, że celem wezwania Zamawiającego jest przedstawienie przez Odwołującego w terminie 3 dni wyjaśnień i dowodów odnoszących się do cen jednostkowych 576 pozycji Wypełnionego Przedmiaru Robót.

2.10.Odwołujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do wyznaczenia terminu na złożenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący jednak wskazuje, że co do zasady, termin na przedstawienie wyjaśnień powinien być dopasowany do rodzaju zamówienia, jego wartości, wielości elementów składających się na cenę, uwarunkowań danej branży czy też żądań Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny

oferty. Poza tym termin ten powinien uwzględniać konieczność zgromadzenia przez wykonawcę odpowiednich dowodów. Mając na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, należy stwierdzić, że termin wyznaczony na złożenie wyjaśnień powinien być terminem odpowiednim dla umożliwienia wykonawcy, działającemu z należytą starannością, złożenie rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień wymaganych przez Zamawiającego.

2.11. Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP pismem z dnia 10.08.2020 r. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu 10 dniowy termin na odpowiedź, a wezwanie odnosiło się do wyjaśnienia 27 pozycji Wycenionego Przedmiaru Robót. Wyznaczenie przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 05.10.2020 r. 3 dniowego terminu na złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zasadniczym stopniu zmniejsza szanse Odwołującego na złożenie wyczerpujących informacji.

2.12. W obecnej dynamicznie zmieniającej się sytuacji, związanej z epidemią COVID-19, odnotowywanym wysokim wzrostem zachorowań, powodującymi absencję pracowników, a także niejednokrotnie wymuszającymi zmianę organizacji pracy, w tym pracę zdalną, Zamawiający tym bardziej powinien brać pod uwagę obiektywne okoliczności, mające wpływ na ustalenie terminu umożliwiającego Odwołującemu odniesienie się do wezwania. W odmiennym przypadku - a więc gdy wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień jest zbyt krótki - nie jest możliwe złożenie przez Odwołującego wyjaśnień spełniających wymagania określone w przepisie art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP, tj. przedstawienia rzetelnej, wyczerpującej i szczegółowej popartej dowodami informacji w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

3.1. Odwołujący zwraca również uwagę na to, iż mimo, że ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy PZP, zostawiając tym samym Zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji co do inicjowania procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny to punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, powinny być przede wszystkim ceny zaoferowane przez innych wykonawców, a także ceny rynkowe przedmiotu zamówienia. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Taka sytuacja nie zachodzi jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

3.2. Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości Zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty.

3.3. Dokonując wykładni celowościowej, przepis art. 90 ust. 1 PZP nie będzie miał zastosowania w każdym przypadku, kiedy cena oferty lub koszt będą niższe w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień nie można rozumieć w ten sposób, że przepis ten powinien być stosowany każdorazowo wobec korzystnej cenowo (lub kosztowo) oferty. Mechanizm wyjaśniania rażąco niskiej ceny ma bowiem zmierzać do eliminowania ofert, w których zaoferowano cenę lub koszt uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia, a nie wszczynanie procedury wyjaśniania każdorazowo wobec oferty z niższą niż określona w kosztorysie inwestorskim ceną lub kosztem. Żądanie od wykonawcy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu ma na celu przede wszystkim rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Tymczasem w wezwaniu z dnia 05.10.2020 r. Zamawiający nie uzasadnił, ani które pozycje Wypełnionego Przedmiaru Robót budzą jego wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, ani na czym polegają wątpliwości Zamawiającego (np. czy odnoszą się do wyceny ryzyk, aspektów technicznych wykonania poszczególnych rodzajów prac, itp.). W niniejszej sprawie Zamawiający ogranicza się do wskazania podstawy prawnej wezwania, a samo wezwanie pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia należy ocenić jako uznaniowe i tendencyjne. Brak uzasadnienia przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP narusza zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3.4. Odwołujący podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zaprezentowane w wyroku z dnia 16.06.2020 r., sygn. KIO 709/20, w którym Izba stwierdza „Z artykułu 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wynika, że cena oferty musi się wydawać zamawiającemu rażąco niska i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ lub z przepisami prawa. Aby wątpliwości mogły powstać, muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem 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 (zwłaszcza wysokość różnicy procentowej między ceną oferty a pozostałymi wskaźnikami) 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. Brak szczegółowego wskazania wątpliwości zamawiającego w sytuacji niespełniającej przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 Prawa zamówień publicznych, rodzi niepewność co do zasadności samego wezwania. Zamawiający jest zatem zobowiązany do przedstawienia odwołującemu w wezwaniu do wyjaśnień, co i z jakich powodów budzi jego wątpliwości w zakresie ceny oferty. Przy czym nie jest wystarczające ograniczenie się do wskazania, że wątpliwości budzi po prostu cena oferty lub wszelkie jej składniki (w tym wypadku wynikające z załączonego formularza), gdyż taka informacja niczego nie precyzuje.

Generalnie celem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie powinno być uzyskanie od wykonawcy informacji służących do sprawdzenia zgodności jego oferty z SIWZ. W tym celu zamawiający może bowiem żądać od wykonawcy w SIWZ przedstawienia określonych dokumentów przedmiotowych, w tym nawet próbek, natomiast jeśli tego zaniechał, nie może na etapie oceny ofert „uzupełnić” swoich wymagań pod pozorem wezwania do wyjaśnienia ceny oferty. Tym samym wezwanie zamawiającego w zakresie takich informacji wykracza poza wymagania określone w SIWZ i poza ramy niezbędne do badania realności ceny oferty.”

3.5. Odwołujący podziela również stanowisko Izby z wyroku z dnia 06.11.2014 r., sygn. KIO 2224/14, gdzie Izba stwierdza „zakres oczekiwań zamawiającego do wyjaśnień powinien być określony w wezwaniu w sposób jasny, precyzyjny i

jednoznaczny, tak aby pozwolić wszystkim wykonawcom wykazującym staranność oczekiwaną od uczestnika rynku zamówień publicznych na zrozumienie zakresu wymagań zamawiającego.”

3.5.Z kolei w wyroku z dnia 14.02.2020 r., sygn. KIO 195/20 Izba uznała, że „Skierowanie do wykonawcy wezwania nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z jej art. 90 ust 1 oraz ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jeśli: wyjaśnienia dodatkowe odnoszą się do konkretnych elementów, o których wyjaśnienie zawnioskował zamawiający, a ich zakres ma charakter wyjaśniający wątpliwości zamawiającego oraz uszczegóławiający i uzupełniający informacje zamawiającego w procedurze badania czy zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy.”

A contrario, kierowanie przez Zamawiającego do Odwołującego trzeciego wezwania do wyjaśnienia cen Wypełnionego Przedmiaru Robót, w sytuacji w której Odwołujący przedstawiał wyjaśnienia zarówno co do treści oferty jak i w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie w jakim wezwania odnoszą się do tych samych pozycji Wypełnionego Przedmiaru Robót jest nieuzasadnione i narusza zasadę proporcjonalności.

4.1. Odwołujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego inicjowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący jedynie podkreśla, iż wszczęcie tej procedury powinno być poprzedzone analizą ad casu i nie może zmierzać do naruszenia zasady równości wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, czy naruszenia zasady proporcjonalności. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługuje zasada uczciwości kupieckiej, prowadzenia postępowania według określonych w ustawie PZP standardów i zasad, obligujących Zamawiającego do działania w granicach przyznanych mu uprawnień w sposób, który nie stoi w sprzeczności ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa. Jak argumentowano powyżej, instytucja wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma na celu eliminowanie z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy nie są w stanie wykonać zamówienia w ramach zaferowanej ceny, gdyż cena ta jest nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i nierynkowa. Uprawnienie do żądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie może być wykonywane w celu wyjaśnienia przez Zamawiającego każdej ceny, poznania sposobu kalkulacji cen i wykraczać poza ramy niezbędne do badania realności ceny oferty lub jej kosztu.

Podsumowanie:

Mając na względzie powyższą argumentację odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.:Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm., dalej: PZP) w imieniu Zamawiającego wnosi o:

1.oddalenie Odwołania w całości;

2.zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą przez adwokata zgodnie z normami prawem przepisanyymi oraz kosztów przejazdów pełnomocników Zamawiającego zgodnie z przedłożonymi rachunkami i w oparciu o Spis Kosztów, który będzie złożony na rozprawie;

3.przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu Odpowiedzi na Odwołanie.

Z dniem 1 stycznia 2018r. weszła w życie ustawa z dnia 20 lipca 2017r. Prawo wodne (t. jedn. Dz. U. z 2020r., poz. 310 ze zm.), która zlikwidowała w dotychczasowej formie organizacyjnej i prawnej Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej oraz regionalne zarządy gospodarki wodnej.

W ich miejsce powołane zostało jednolite Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie (dalej: Wody Polskie), które jest państwową osobą prawną (art. 239 ustawy). W ramach Wód Polskich wyróżniamy następujące jednostki organizacyjne: Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, regionalne zarządy gospodarki wodnej, zarządy zlewni oraz nadzory wodne.

Zgodnie z ustawą Wody Polskie wykonują swoje zadania m.in. przez „nowe” regionalne zarządy gospodarki wodnej. Podstawą do działania w imieniu Wód Polskich w tym zakresie jest pełnomocnictwo od Prezesa Wód Polskich dla Mirosława Kurza Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gliwicach z 5 maja 2020r. (KLP.010.31.2020.EG) oraz powołanie Pana M. K. na stanowisko Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gliwicach z dnia 21 maja 2018r. (KOK.010.51.1.2018.4.MP).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi w trybie przetargu nieograniczonego.

Pismem z dnia 05.10.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, popartych dowodami dotyczącymi istotnych części składowych Wypełnionego Przedmiaru Robót w odniesieniu do poszczególnych Działów w zakresie szczegółowego wyliczenia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót, tj.: (i) działu 2.1. Budowa śluzy nowej o wymiarach użytkowych 190/12M (SN),

(ii)działu 2.2. Przebudowa śluzy pociągowej (SP),

(iii)działu 2.3. Budowa awanportu górnego śluzy nowej, (iv) działu 2.4. Prace w awanporcie górnym śluzy pociągowej,

(v)działu 4.1. Część drogowa,

(vi)działu 6.2. Rozbiórka i budowa nowego mostu drogowego nad głową dolną śluzy pociągowej wraz z odwodnieniem.

Na powyższe Odwołujący się w dniu 09 października 2020r. wniósł Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na powyższą czynność Zamawiającego, składając jednocześnie w tym samym dniu szczegółowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które są objęte przedmiotowym wezwaniem.

III. ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE:

Po zapoznaniu się z treścią Odwołania, Zamawiający oświadcza, iż podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie słuszności wezwania Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny.

W skrócie zarzuty Odwołującego sprowadzają się do następujących kwestii:

- 1)w wezwaniu tym nie wskazano wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie występują okoliczności mogące budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2)wezwanie odnosi się do wyjaśnienia cen działów Wycenionego Przedmiaru Robót, których wykonawcy nie byli zobowiązani określać, a więc wezwanie jest niezgodne z wymaganiami odnoszącymi się sposobu obliczenia ceny przedmiotu zamówienia, określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji zmierza do niedopuszczanej modyfikacji treści oferty Odwołującego;
- 3)zaoferowana przez Odwołującego cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, nie wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do ceny jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, podanej w trakcie otwarcia ofert, jak i cen ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców w niniejszym postępowaniu;
- 4)skierowanie wezwania narusza zasady konkurencji i równego traktowania wykonawcy, gdyż wyznaczony termin na złożenie wyjaśnień jest nierealny;
- 5)Odwołujący nie ma możliwości przygotowania i złożenia w wyznaczonym terminie kompleksowych, rzetelnych informacji w przedmiocie sposobu kalkulacji cen, a także nie ma możliwości przedstawienia dowodów potwierdzających, że zaoferowane ceny Wypełnionego Przedmiaru Robót nie są rażąco niskie;

Zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) i powzięmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego — lub wynikające z odrębnych przepisów — wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny (ale już nie kosztu) jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W każdym zatem przypadku, gdy zachodzi podejrzenie, że cena oferty lub proponowany koszt są rażąco niskie, po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności i czynników, które mają wpływ na kalkulację oferty wykonawcy.

Samo dokonanie oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie.- Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (aktualnie zob. załącznik I do rozporządzenia finansowego, Dz.Urz. UE z 2018 r. Nr 193, s. 1). Tym samym, w pierwszej kolejności, Zamawiający musi jedynie ustalić, czy złożone Oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, Zamawiający powinien, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie Zamawiający powinien ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę (wyr. TSUE z 10.9.2019 r., T-741/17, Legalis).

Punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, powinno być przede wszystkim

- 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia (wyr. KIO z 10.5.2016 r. KIO 616/16, Legalis).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający dokonał analizy wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Analiza obejmowała swym zakresem w pierwszej kolejności poszczególne pozycje kosztorysu a następnie poszczególne działy w kosztorysie. Powyższe miało i ma na celu zweryfikowanie ofert wykonawców pod kątem rażąco niskiej ceny, nie tylko w zakresie poszczególnych indywidualnych pozycji, ale również w ujęciu szerszym (działowym), tak aby określić czy realizowane zadanie w ramach konkretnego. działu i cena zaoferowana za jego wykonanie nie ma znamion rażąco niskiej ceny.

Na dowód powyższego powód przedstawia w formie załącznika wykonane przez siebie zestawienie cenowe wszystkich ofert w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysowych, które w pierwszej kolejności zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w zakresie badania rażąco niskiej ceny, oraz następne zestawienie podsumowujące wszystkich działów przedmiotowego kosztorysu.

Dowód:

1) Załącznik nr 1 — zestawienie ofert.- na okoliczność: porównania przez Zamawiającego wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych, wartości poszczególnych działów kosztorysu w odniesieniu do wartości zamówienia oraz innych ofert, co ma przełożenie na konieczność badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

W związku z tym z powyższego wynika jaki był klucz wzywiania wykonawców w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysowych oraz działów. Co więcej możliwość wzywiania/badania ofert w zakresie poszczególnych działów

kosztorysu a nie tylko o poszczególne pozycje kosztorysowe była przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1877/17. w której notabene zarówno Odwołujący się, jak i Zamawiający brali udział.

Zamawiający wzywając o poszczególne działy, nie zmienia w żaden sposób kryteriów oceny ofert. oraz cyt. "sposobu obliczenia ceny przedmiotu zamówienia, określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia iw konsekwencji zmierza do niedopuszczalnej modyfikacji treści oferty Odwołującego.

Dział kosztorysu to jedynie podsumowanie od kilku do kilkunastu pozycji kosztorysowych, które składają się na jeden lub kilka elementów szerszej całości. W ramach bowiem konkretnego działu, a nie tylko poszczególnych pozycji, które jak widać z przedstawionego zestawienia mają przymiot rażąco niskiej ceny w stosunku do pozycji kosztorysowych z innych ofert, mogą znaleźć się pozycje, które globalnie powodują, że dany dział również w stosunku do działów z innych ofert lub kosztorysu inwestorskiego, ma przymiot rażąco niskiej ceny.

Wzywając w tym zakresie Odwołującego się oraz innego oferenta, Zamawiający chce dokonać wszechstronnej oceny oferty nie tylko Odwołującego się ale również pozostałych wykonawców.

Podkreślenia wymaga, iż z art. 90 PZP nie wynikają wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji, o co pytać i jak pytać, byleby treść pytania była związana z tym, co jest w ofercie wykonawcy i miała ona odzwierciedlenie w realiach danego przetargu oraz uwarunkowań rynkowych. Z literalnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 PrZamPubl wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, powźmie wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wdaje się rażąco piska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. "Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się w ocenie na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego" (wyr. KIO z 8.5.2018 r., KIO 769/18, Legalis).

Zaznaczyć przy tym należy, iż zarówno ustawodawca, jak i wykładnia tych przepisów nie nakładają na Zamawiającego obowiązku uzasadnienia wątpliwości, jak i wdawania się w polemikę z Wykonawcami w zakresie tego czy są wątpliwości i jakiego rodzaju, a do tego zmierza zarzut Odwołującego się. Niemniej wątpliwości wymagają skonkretyzowania (taki wniosek można wysnuć z wyroku KIO z dnia 27.09.2018r., KIO 1835/18). Powyższe znalazło to swoje odzwierciedlenie w wezwaniu z dnia 5 października 2020r., albowiem Wykonawca nie dość że wskazał, o które pozycje działów chodzi w zakresie rażąco niskiej ceny, to jeszcze wskazał dlaczego pyta właśnie o nie a nie o inne działy, cyt.: „Zaoferowane przez Państwa ceny poszczególnych Działów Wycenionego Przedmiaru Robót (WPR)wydają się rażąco niskie w stosunku do cen Działów z Kosztorysu Inwestorskiego i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia," Wykaz działów budzących wątpliwość stanowił załącznik do wezwania.

Co więcej wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Idąc dalej zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnionym będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i że wykonawca nie sprostał ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 90 ust. 2 PZP. Takie elementy znajdują się w każdym wezwaniu jakie zostały skierowane do Odwołującego się, w tym również w wezwaniu z dnia 5 października 2020r. Każde wezwanie Zamawiającego jest tym samym rzeczowe i konkretne oraz nie zawiera elementów abstrakcyjnych wychodzących poza to co jest w kosztorysie ofertowym Odwołującego się. W związku z tym zarzut o braku „uzasadnienia” wątpliwości jest całkowicie bezzasadny.

Dowód:1) wezwanie z dnia 5 października 2020r. wraz z załącznikiem(w aktach postępowania)

- na okoliczność zakresu wezwania oraz wykazania wątpliwości Zamawiającego.

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie regulują wprost kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a PZP. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania. Stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć z uwzględnieniem zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego.

Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a PrZamPubl może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu komentowanego przepisu. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożone już na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przykładowo wskazać należy na następujące orzeczenie, tj. „Odnosząc się do kwestii dopuszczalności powtórnego wezwania do wyjaśnień Izba

podziela stanowisko, zgodnie z którym jest to dopuszczalne w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny (wyr. KIO z 28.4.2017 r., KIO 686/17, Legalis).” W tym zakresie podkreślić należy, iż każde z wystosowanych wezwań do Odwołującego było różne i nie pokrywało się w całości. Celem wezwań było rozszerzenie wyjaśnień udzielonych w zakresie poszczególnych pozycji po przez opisanie (wyjaśnienie) ich w szerszym kontekście (działy).

Tym samym możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy: 1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy; 2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego (wyr. KIO z 28.3.2017 r., KIO 466/17, Legalis). Kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień (wyr. KIO z 15.1.2018 r., KIO 2598/17; Legalis). Co więcej, ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia” (wyr. KIO z 9.5.2019 r., KIO 728/19, Legalis).

W ocenie Zamawiającego zarzut co do brak wystarczającego czasu na złożenie wyjaśnień oraz przygotowanie dokumentów jest niezrozumiały. Odwołujący się jak i inny wykonawca, który jak i Odwołujący się został wezwany do złożenia wyjaśnień w dniu 9 października 2020r.: ZŁOŻYŁ SZCZEGÓŁOWE WYJAŚNIENIA POPARTE DOKUMENTAMI (pismo wykonawcy z dnia 9 października 2020r.). W związku z tym pojawia się pytanie o cel tak sformułowanych zarzutów względem Zamawiającego?

Najprawdopodobniej była i jest to chęć zabezpieczenia się już teraz przed ewentualnymi negatywnymi skutkami oceny wyjaśnień złożonych w dniu 9 października 2020r. W ocenie Zamawiającego taki zarzut jest przedwczesny. Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek jeszcze czynności w tym zakresie. Wyjaśnienia te są obecnie badane przez Zamawiającego.

Wskazać należy bowiem, iż Zamawiający ma prawo określić termin, w jakim powinny zostać złożone wyjaśnienia. Nieokreślenie terminu byłoby poważnym błędem zamawiającego, chociaż prawo do określenia terminu nie wynika wprost z przepisów art. 90 ust. 1 i 1a PZP. Pośrednio za to wynika z art. 90 ust. 4 PZP. Czynność wyznaczenia odpowiedniego terminu ma doniosłe znaczenie dla skuteczności działania wykonawcy. Należy zauważyć, że wykonawca, oferując konkretną cenę lub koszt, powinien zrobić to z pełną świadomością co do jej rzetelności i realności, przy wykorzystaniu wszystkich dostępnych sobie okoliczności.

Niemniej jednak w przedmiotowym przypadku trudno więc przyjąć, że na złożenie stosownych wyjaśnień niezbędny jest dłuższy czas, zwłaszcza iż proces kalkulacji oferty, zbieranie danych o kosztach zakupu sprzętu, usług i dostawach trwało kilka miesięcy. W tym czasie wykonawcy miał wystarczająco dużo czasu aby przygotować kosztorys ofertowy w oparciu o własną bazę danych oraz oferty podmiotów zewnętrznych. W związku z tym wyjaśnienia nie wymagały dużego nakładu pracy, zwłaszcza iż dokonanie prawidłowej kalkulacji poszczególnych zadań (działów) odbywa się zawsze przy tego typu dużych inwestycjach, które składają się na kilka zadań. Termin zatem zakreślony przez Zamawiającego tj. ponad 3 dni robocze, był dostateczny oraz jak się okazuje w pełni wykonalny dla Odwołującego się. Co więcej Odwołujący się nie zwracał się w zakreślonym terminie o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi na wezwanie.

Z drugiej strony zamawiający powinni wystrzegać się określania zbyt krótkiego terminu, bo niekoniecznie w ich interesie jest odrzucanie najtańszych ofert. Co do zasady, powinien więc to być termin dopasowany do rodzaju zamówienia, jego wartości, wielkości elementów składających się na cenę, uwarunkowań danej branży czy też żądań zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny oferty. Poza tym termin ten powinien uwzględniać konieczność zgromadzenia odpowiednich dowodów.

Okoliczności sprawy świadczą jednak o tym, iż zadanie to w zakreślonym terminie było wykonalne i zostało wykonane. Odwołujący złożył wyjaśnienia (łącznie 80 stron wyjaśnień, które obecnie są badane przez Zamawiającego. W tym samym czasie odpowiedział na podobne wezwanie-inny wykonawca.

W związku z tym wskazane w tych punktach zarzuty Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione.
PODSUMOWANIE:

W związku tym decyzja Zamawiającego w zakresie wezwania Odwołującego się do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny była jak najbardziej prawidłowa. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza

Na posiedzeniu Izba rozpoznała skuteczność przystąpień wykonawców po stronie zamawiającego.

W obydwu przypadkach przystąpień, zgłoszonych przez Budimex S.A. z s. w Warszawie oraz przez Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. z s. w Krapkowicach, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przystąpień, z uwagi na spełnienie warunków formalnych przystąpień wymaganych przepisem art.185 ust.2 ustawy. Takich wniosków również nie zgłosili odwołujący, jak i zamawiający.

Co do merytorycznych wymagań podstawy przystąpień, odwołujący zgłosił opozycję do zgłoszonego wniosku przystąpienia przez Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. z s. w Krapkowicach, powołując się na uzasadnienie wniosku, jako chybionego.

Izba po zapoznaniu się z uzasadnieniem merytorycznym wniosków, jak i rozpatrując interes wnioskodawców w kontekście zarzutów odwołania, nie znalazła podstaw do uwzględnienia zgłoszenia wnioskodawców co do ich dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Rozpatrując uzasadnienia wnioskodawców zgłaszających się do postępowania jako przystępujący należy zauważyć, że w ich ocenie samo zgłoszenie stanowi podstawę do udziału w postępowaniu, jak i sama możliwość dyskwalifikacji potencjalnego konkurenta na wykonawcę wybranego. Można to porównać do uzurpacji prawa bycia uczestnikiem z

samej racji możliwości eliminacji konkurentów bez względu na okoliczności i za wszelką cenę, z uwagi na interes poszczególnego wykonawcy uzyskania zamówienia. Jakkolwiek trudno odmówić racji w rozumieniu interesu w uzyskaniu zamówienia, który jest przepustką prawną do popierania, czy zwalczania decyzji zamawiającego to aspektem, który należy uwzględnić są okoliczności danej sprawy, jak i zasady prawa zamówień publicznych. Jeżeli chodzi o okoliczności sprawy to zarzuty dotyczą prawidłowości wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie okoliczności takie jak po pierwsze brak udzielenia wyjaśnień, czy po drugie skuteczność merytoryczna udzielonych wyjaśnień, w kontekście decyzji zamawiającego czy to odrzucenia oferty, czy też zaniechania odrzucenia oferty. Sprowadzając ten wywód do jego skutków, to wykonawcy przystępujący nie mają interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, ponieważ rozstrzygnięcie odwołania nie wpłynie na ich pozycję w rankingu ofert to jest nie będzie miało ani pozytywnego, ani negatywnego skutku. Co najwyżej odwołujący zostanie zwolniony z obowiązku wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny lub też żądanie wyjaśnień, w przedstawionej formie i treści zostanie uznane za zgodne z prawem. Podsumowując gdyby wnioskodawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, atakowali bądź popierali rozstrzygnięcie zamawiającego w związku z oceną wyjaśnień co do ich nie złożenia, czy też ich oceny w przypadku złożenia wyjaśnień, można by rozważać i uznać, bądź nie uznać interes wykonawców w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, w związku z zajmowaną pozycją przystępujących w rankingu ofert. Na te okoliczności i charakter zarzutów, w jakich składane jest odwołanie, można by skutecznie rozważać zasadność merytoryczną przystąpienia pozostałych wykonawców, ale po stronie odwołującego. Bowiem charakter zarzutów odwołania, sprowadza się do zaskarżenia zgodności z prawem zastosowanego wezwania do wyjaśnień po zarzutem rażąco niskiej ceny, w związku z treścią art.90 ust.1 ustawy oraz w kontekście dokonanych poprzedzających wezwań do wyjaśnień zarzutu rażąco niskiej ceny. Tak więc zarzuty odwołania bronią interesów nie tylko odwołującego, ale również pozostałych wykonawców przed nieuprawnionym wezwaniem do wyjaśnień przez zamawiającego i nie mają bezpośredniego wpływu na pozycję rankingową potencjalnych przystępujących po stronie zamawiającego. Podsumowując Izba stwierdza, że w opisanej sytuacji formalnej i prawnej dopuszczenie po stronie zamawiającego konkurentów odwołującego, stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji, jak i przejrzystości postępowania. Bowiem oznaczałoby to brak solidarności wykonawców w sytuacji naruszania prawa przez zamawiającego co do zasady, bez względu na to którego z wykonawców dotyczyłoby to i w jakich okolicznościach. Decyzja Izby wynika z treści zarzutów, które odnoszą się do stosowania prawa bez wskazania okoliczności faktycznych, które stosowanie prawa uzasadniają w stosunku do odwołującego. W związku z tym rozstrzygnięcie odwołania nie będzie miało wpływu na pozycje poszczególnych wykonawców w rankingu ofert. Odwołanie ma na celu ochronę interesów odwołującego jak i pozostałych wykonawców, przed wezwaniem do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w związku z blankietowym charakterem wezwania.

W tym stanie rzeczy, Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania po stronie zamawiającego, zgłaszających się wykonawców, którzy w ocenie Izby nie mają interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust. 2 ustawy. Zamawiający również w tym zakresie wniosku nie zgłosił.

Przechodząc do zarzutów odwołania.

Dokonując analizy podstaw zarzutów, opartych na wskazanych okolicznościach faktycznych i prawnych odwołania to sprowadzają się do art. 90 ust.1 w związku z art.7 ust.1 ustawy oraz art.5 k.c. w zw. z art.14 ust.1 ustawy, w związku z kolejnymi wezwaniem do wyjaśnień pod zarzutem rażąco niskiej ceny całej oferty odwołującego, jak również poszczególnych elementów złożonej oferty.

Co do samej ceny oferty to wykonawca miał obowiązek wypełnić przedmiar robót zawierający pozycje, wypełniając je cenami jednostkowymi przeliczanymi automatycznie w zależności od ilości poszczególnych jednostek w danej pozycji. Z kolei w formularzu ofertowym miał podać cenę łączną.

Zarzut odwołania sprowadza się do nieuzasadnionego kolejnego wzywania do wyjaśnień ceny, po raz trzeci i to tym razem nie do poszczególnych pozycji z przedmiaru robót, na które podano ceny jednostkowe o charakterze ryczałtu w ofercie, tylko na wezwanie i to w terminie trzech dni, ale do wyjaśnienia cen działów na które podzielono zadanie i na które nie wymagano cen w złożonej ofercie.

Odwołujący dwukrotnie na przestrzeni miesiąc lipca i sierpnia 2020r. był wzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przy czym po raz pierwszy w trybie art.87 ust.1 ustawy, a po raz drugi już na podstawie art.90 ust.1 ustawy. Zamawiający w tych wezwaniach stwierdzał, że ma wątpliwości co do wyceny poszczególnych pozycji i wzywał do ich wyjaśnień, załączając do wezwania załączniki, które specyfikowały pozycje wzbudzające wątpliwości co do ich wyceny oraz wyznaczając termin do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący dwukrotnie złożył wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Tak jak już wyżej nadmieniono w dniu 5 października 2020r. zamawiający po raz trzeci wezwał do wyjaśnień i to już nie o poszczególne pozycje z wycenionego przedmiaru robót, ale o działy robót, które jako takie nie były wyceniane do złożonej oferty, w myśl siwz.

Jeżeli chodzi o postanowienia siwz w zakresie sposobu obliczenia ceny to mają one charakter bardzo lakoniczny i wręcz klasyczny. To jest nakazują szczegółową wycenę w oparciu o przedmiar robót jak już wyżej nadmieniono, z obowiązkiem załączenia do oferty i określenia ceny sumarycznej w formularzu ofertowym.

Odwołujący dwukrotnie wykonał polecenie zamawiającego zawarte w wezwaniu, jak już wyżej nadmieniono, pomimo podstaw prawnych takich jak art. 87 ust.1 a za drugim razem już art. 90 ust.1 ustawy i jako podstawy wezwania wskazano ogólnie wątpliwości zamawiającego, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia ich charakteru, zakresu, źródła jak i podstawy.

Odwołujący dopiero za trzecim razem otrzymawszy 05.10.2020r. po godzinie 15.00 wezwanie ze skutkiem na 09.10.2020r. i nie w zakresie wycenianych do oferty pozycji z przedmiaru tylko do działów inwestycji, nie będących przedmiotem wyceny do oferty złożył odwołanie, powołując się na naruszenie art.90 ust.1 w zw. z art.7 ust.1 ustawy.

Treść zarzutu sprowadzała się do braku podania, sprecyzowania, wątpliwości przy ocenie oferty to jest jej ceny, jak również w konsekwencji żądania wyjaśnień do zmiany treści oferty przez zmianę sposobu obliczenia ceny to jest nie w

oparcia o przedmiar robót tylko o działu robót, jak również o krótki termin wyznaczony na wyjaśnienia w trybie art.90 ust.1 ustawy.

Niemniej, jak przyznał również zamawiający, odwołujący wykonał polecenie zamawiającego w terminie ale oczekując zwolnienia z zarzutu niewłaściwego wyjaśnienia z uwagi na termin wyznaczony, jak i zmianę sposobu obliczenia ceny, określonego w siwz.

Z kolei zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przede wszystkim stwierdzając, że zamawiający wykonał polecenie w terminie, a na rozprawie w dniu 16 listopada 2020r. stwierdził, że wyjaśnienia zostały przyjęte z pozytywną oceną, a odwołujący został w trybie art.26 ust.1 ustawy wezwany do złożenia dokumentów.

Niemniej zarówno odwołujący nie wycofał odwołania, jak również zamawiający nie uwzględnił odwołania.

Izba rozstrzygając odwołanie przede wszystkim wzięła pod uwagę, że każda czynność przewidziana w ustawie począwszy od złożenia oferty i następujące po niej czynności co do zasady mają charakter jednorazowych czynności.

To orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało odstępstwa od co prawda niepisanej ale przyjętej w praktyce zamawiających jak i odwołujących interpretacji ustawy do zasady jednokrotności czynności zamawiającego, jak i wykonawcy w toku postępowania przetargowego. Pomimo, że w ustawie nie zapisano „1 raz wzywa” to zwrot „wzywa” oznacza jednokrotne wezwanie. Odstępstwa od zasady jednokrotności czynności zrodziły się przede wszystkim na tle art.26 ust.3 i 4, jak również na tle art.87 ust.1 ustawy. Ostatecznie orzecznictwo wypracowało regułę odstąpienia od jednokrotności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Niemniej w każdym z trzech wymienionych przypadkach dopuszczalność ponownych wezwań jest możliwa, gdy wskutek poprzedzającego wezwania i udzielonych wyjaśnień zrodziły się kolejne wątpliwości zamawiającego.

Zasada jednokrotności wezwań wykonawców ma na celu zachowanie zasady uczciwej konkurencji, równości wykonawców, jak i przejrzystości postępowania. Co do zasady to po złożeniu oferty, nie dokonuje się w niej jakichkolwiek zmian, uzupełnień poza wyjątkami z art.87 ust.2 jak i art.26 ust 3 ustawy. Każdorazowo tego rodzaju wezwania wykonawców po złożeniu oferty graniczą z zasadą równego traktowania wykonawców. Dlatego wywiedziona zasada przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, że może kilkakrotnie, bez ograniczeń wzywać do wyjaśnień w przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny jest nieuprawniona i wykonawca ma prawo jej się przeciwstawić, zwłaszcza jak w niniejszej sytuacji miało to miejsce (trzecie wezwanie i każde odrębne, suwerenne od poprzedniego wezwania). Jak już wyżej zaznaczono jest to trzecie wezwanie, do zarzutu rażąco niskiej ceny i każde z nich tworzy samodzielny, oderwany od pozostałych wezwań byt prawny i faktyczny. Po pierwsze jest to nieuprawnione narażanie na koszty wykonawcy, który już je poniósł przygotowując ofertę i nie mając jednoznacznych perspektyw uzyskania zamówienia (złożono siedem ofert i każdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia). Po drugie art.90 ust.1 ustawy dopuszcza wezwanie tylko i wyłącznie gdy zamawiający ma wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Po trzecie przepis art.90 ust.3 ustawy mówi o wzywaniu i o skutkach nie wykonania lub wykonania w sposób niezadawalający, to jest o odrzuceniu oferty. Odnosząc się do powyższego stopniowania warunków wezwania to po pierwsze, o czym świadczy wielokrotne wzywanie do wyjaśnień, jeżeli w kolejnym wezwaniu nie ma skutecznego nawiązania do poprzedniego wezwania. Świadczy to o tym, że zamawiający nie do końca zbadał swoje wątpliwości przy badaniu ceny i pierwszym wezwaniu do wyjaśnień, czym naraża siebie i wykonawcę na dodatkowe koszty angażowania się w kolejne wezwania i wyjaśnienia ceny. Po drugie co do braku podania charakteru i rodzaju czy też okoliczności wątpliwości. W ocenie Izby jest to ustawowy obowiązek zamawiającego wskazania wątpliwości co do gwarancji wykonania w myśl siwz w kontekście zaoferowanej ceny. Jak wykonawca ma wyjaśnić wątpliwości co do ceny skoro ich nie zna, a ustawa podaje je tylko przykładowo wymieniając (w szczególności). Zamawiający nie precyzując, nie określając wątpliwości nie daje szans wykonawcy na likwidację wątpliwości po stronie zamawiającego wskutek udzielonych wyjaśnień. No i odnosząc się do trzeciej podstawy co do obowiązku podania wątpliwości to jest ich określenia należy wskazać skutki z art.90 ust.3 ustawy. Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli wyjaśnienia wraz z dowodami wskazują, że podejrzenie rząco niskiej ceny jest uzasadnione. Resumując jak ma bronić się wykonawca składając wyjaśnienia, który nie zna rodzaju, zakresu, okoliczności, z których wywodzą się wątpliwości zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie uwzględniono zarzuty odwołania w sytuacji odrzucenia oferty wykonawcy w trybie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał czego oczekuje od wykonawcy wzywając jego do wyjaśnień w zakresie podejrzenia rząco niskiej ceny.

Reasumując odnosząc się do treści wezwania zamawiającego z dnia 05.10.2020r. Izba stwierdza, że nie podano w nim to jest nie określono jakie, na czym polegają wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Z kolei z tego powodu, że jest to trzecie wezwanie to też z tego powodu jest bezpodstawne. Co do zasady zamawiający wzywa raz do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tylko zrodzone wątpliwości w związku z udzielonymi wyjaśnieniami mogą być podstawą do kolejnego zapytania, ale w nawiązaniu do pierwszego wezwania. Izba stwierdza, że takiego nawiązania do poprzedniego/ch wyjaśnień nie ma w trzecim wezwaniu. W związku z tym wezwanie jest bezskuteczne.

Izba podziela argumentację odwołującego, jak również wniosek dowodowy złożony na rozprawie (wezwanie odwołującego z dnia 22.06.2017 r. GDDKiA Numer sprawy 0/OL.D-3.2410.1.2015.I-4.20. do złożenia wyjaśnień) – w aktach sprawy, co do szczególności wezwania w trybie art.90 ust.1 ustawy w zakresie wątpliwości zamawiającego co do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami i przedstawieniem źródła wątpliwości na tle zaoferowanej ceny. Wbrew twierdzeniom zamawiającego skoro inny zamawiający w systemie projektu i buduj mógł opisać i przedstawić wątpliwości mając do dyspozycji np. tylko PFU, to tym bardziej mając pełną dokumentację wraz z projektem wykonawczym tym bardziej można wskazać do jakich elementów i dlaczego odnoszą się wątpliwości przy np. cenie poszczególnej jednostki zaoferowanej ceny.

Podsumowując nie wystarczy w trybie art. 90 ust.1 ustawy wzywając wykonawcę stwierdzić jako podstawę wezwania „Zaoferowane przez Państwa ceny poszczególnych Działów Wycenionego Przedmiaru Robót (WPR) wydają się rażąco niskie w stosunku do cen Działów z Kosztorysu Inwestorskiego i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.”

W związku z powyższym Izba unieważniła wezwanie zamawiającego z dnia 05.10.2020r., stwierdzając tym wezwaniem naruszenie art. 90 ust.1 i art.7 ust.1 oraz art.5 k.c. w związku z art.14 ust. 1 ustawy, mające wpływ na wynik postępowania w myśl art.192 ust.2 ustawy, umożliwiając w przypadku wyboru oferty odwołującego jako

najkorzystniejszej, podważanie złożonych wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

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 23.600 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, który do akt protokołu złożył fakturę vat.

Przewodniczący:.....