

WYROK
z dnia 14 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Polbud P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Wyrobki 11, 88-300 Mogilno, **W. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Cosmo W. J.**, ul. Mostowa 2a, 88-300 Mogilno

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Mogilno**, ul. Narutowicza 1, 88-300 Mogilno

przy udziale

Wykonawcy – **D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S.** ul. Langiewicza 4/5, 61-502 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 18 września 2020r. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polbud P. Sp. z o.o. i W. J. (Odwołującego) i nakazać ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Mogilno i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Polbud P. Sp. z o.o. oraz W. J. (Cosmo W. J.) tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Mogilno na rzecz Odwołującego – Polbud P. Sp. z o.o. oraz W. J. (Cosmo W. J.) kwotę 13.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Polbud P. Sp. z o.o. oraz W. J. (Cosmo W. J.) kwoty 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty nadpłaconej ponad należny wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2418/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Mogilno na zadanie: *rozbudowa, przebudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku przystanku autobusów PKS na budynek użyteczności publicznej, wraz ze zmianą zagospodarowania Rynku na cele związane z aktywizacją społeczności lokalnej w Gębicach* (nr postępowania WZA.271.10.1.2020.WFE), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.08.2020r., Nr 570279-N-2020, wobec czynności odrzucenia oferty oraz oceny wyjaśnień dotyczących ceny, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Polbud P. Sp. z o.o. z/s w Wyrobkach, W. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Cosmo W. J. w Mogilnie (dalej jako Odwołujący/Wykonawca), wnieśli w dniu 23 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2418/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji odrzucenie oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego z ewentualnym wezwaniem do ustosunkowania się do wątpliwości w zakresie ceny i nakazanie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 18.09.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.321.688,61 zł.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: oferta Odwołującego na kwotę 2.269.350,00 zł oraz oferta Zakład Budowlany GRINBUD D. S. na kwotę 3.258.000,02 zł.

Pismem z dnia 25.08.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 26.08.2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami. W dniu 27.08.2020 r. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą.

W dniu 02.09.2020r. Wykonawca D. S. złożyła wniosek o odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

W dniu 18.09.2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, unieważnił wezwanie do złożenia wyjaśnień i poinformował o powtórzeniu czynności oceny ofert. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie wysokości ceny.

Poza sporem pozostaje, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za wystarczające, a następnie pod wpływem argumentacji konkurencyjnej firmy odrzucił ofertę. Konkurencyjny wykonawca nie składał odwołania, a przez to Odwołujący nie mógł bronić swojej oferty przed KIO, co ma wskazywać na faworyzowanie Grinbud.

W ocenie Odwołującego, to brak wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień i pominięcie wyjaśnień złożonych bez wezwania stanowi naruszenie zasady równości wykonawców i przejrzystości postępowania. Wykonawca powinien mieć możliwość odniesienia się do argumentów Grinbud. Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując te elementy, które wzbudziły jego wątpliwości po lekturze stanowiska konkurencyjnego wykonawcy.

Istotne, a pominięte przez Zamawiającego jest to, że w siwz ustalono wynagrodzenie ryczałtowe, które zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem robót wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał, jakie konkretne elementy oferty i/lub wyjaśnień wzbudziły jego wątpliwości po 27.08.2020r. Zamawiający nie zakwestionował poprawności sporządzenia kosztorysu (zaniżenia pozycji).

Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25.08.2020r. miało charakter formalny, w tym znaczeniu, że choć istniały przesłanki do wezwania do wyjaśnień, to cena oferty nie budziła wątpliwości w zakresie jej realności. Podane w wyjaśnieniach okoliczności (np. dotyczące ilości wycenionych jednostek) pozwalały ocenić ich wpływ na wysokość ceny – nie było konieczne podawanie jaki skutek finansowy wywołują.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wskazał, iż wyjaśnienia i dowody złożone na okoliczność wykazania realności ceny, nie pozwalały uznać, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia były ogólnikowe i lakoniczne. Pierwsza ocena wyjaśnień była zbyt pobieżna, co Zamawiający skorygował i unieważnił czynność polegającą na wezwaniu Odwołującego do złożenia dokumentów, dokonanej pismem z dnia 27.08.2020r.

Zamawiający dokonał ponownej gruntownej oceny wyjaśnień, dochodząc do samodzielnych wniosków, których zbieżność z argumentami Przystępującego nie oznaczają, iż są wadliwe.

Chociaż w odwołaniu nie ma zarzutu zaniechania wezwania do kolejnych wyjaśnień, Zamawiający w odniesieniu do tego argumentu podniósł, iż dla takiego wezwania konieczne było złożenie szczegółowych i konkretnych wyjaśnień, z których mogłaby wynikać potrzeba doprecyzowania informacji. Zamawiający nie mógł wezwać do uszczegółowienia ogólnikowych twierdzeń. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem, iż wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 25.08.2020r. nie wskazywało, jakie elementy oferty wzbudziły wątpliwości. Zamawiający wskazał na konkretne elementy, wyszczególnione w kosztorysie. Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za zbyt ogólnikowe, nie potwierdzające, że cena nie jest rażąco niska. W takim stanie, ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień było niedopuszczalne. W świetle nierzetelnych i ogólnikowych wyjaśnień stanowiłoby przywrócenie terminu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający uznał wyjaśnienia za niewystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Ustawy. Odwołujący nie udowodnił, że cena pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni osiągnięcie zysku, na co nie ma wpływu okoliczność, iż cena ma charakter ryczałtowy. Chociaż Odwołujący nie odniósł się do argumentów zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający podtrzymał w całości argumentację przytoczoną w tym stanowisku.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca - D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S..

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto czynności wpływające bezpośrednio na sytuację Wykonawcy w postępowaniu, złożone odwołanie prowadzić może do uchylenia negatywnych skutków decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość czynności oceny oferty własnej. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofertę Odwołującego, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.321.688,61 zł.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty z cenami na poziomie: 2.269.350,00 zł - oferta Odwołującego oraz 3.258.000,02 zł. - oferta Zakład Budowlany GRINBUD D. S.. Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 7 cena oferty stanowi cen ryczałtową, powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty bez których realizacja zamówienia byłaby niemożliwa.

Do oferty Odwołującego załączone zostały formularze, w tym wypełniony formularz oferty z podaną ceną netto, kwotą podatku VAT oraz ceną brutto oraz oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia, a także kosztorys ofertowy.

Pismem z dnia 25.08.2020r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a Ustawy do złożenia wyjaśnień, wskazując pozycje kosztorysowe, które budzą wątpliwości: prace rozbiórkowe, demontażowe, transportowe; wykonanie ław fundamentowych (...); montaż wodomierza (...); montaż okien aluminiowych; wykonanie nawierzchni dróg (...); wykonanie nasadzeń. Zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.

W wyjaśnieniach z 26.08.2020r. Odwołujący w sposób ogólny odniósł się do sytuacji faktycznej przedsiębiorstwa (park maszynowy, środki transportu, doświadczenie, koszty utylizacji, organizacja przedsiębiorstwa, rabaty) oraz załączył w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu zakresów prac kosztorysowych oferty firm zewnętrznych, tj.:

- wykonanie ław fundamentowych (...) oferta S. W., która prezentuje pełny opis prac z kosztorysu ofertowego wycenionych w kwocie netto 161 500 (brutto 198 645);
- montaż wodomierza (...) - oferta EuroInstal M. K. zawierającą wycenę wszystkich pozycji kosztorysowych łącznie na kwotę netto 44.500,00 zł (brutto 54.735,00 zł);
- montaż okien aluminiowych – oferta Bartel Z. A. prezentującą wycenę prac w kwocie 39.900,00 zł netto (49 077 zł brutto);
- wykonanie nawierzchni dróg wyceny tej pozycji dotyczy pierwsze zestawienie w tabeli na kwotę 174 249, 29 zł brutto prezentujące wycenę firmy Inodruk (niepodpisana). Odwołujący w dodatkowych wyjaśnieniach złożonych w dniu 09.09.2020r. bez wezwania Zamawiającego została uzupełniona o podpisy;
- wykonanie nasadzeń wyliczone zostało samodzielnie przez Odwołującego i dodatkowo Wykonawca przedłożył ofertę firmy PHU Farmer J. K. prezentującą koszt na poziomie podobnym, jak przyjął to w swojej ofercie Odwołujący (46.355,30 zł netto).
- koszty prac rozbiórkowych (...) Odwołujący szacował samodzielnie, a w wyjaśnieniach przedstawił umowę z firmą TransRol, która zobowiązała się odebrać bezkosztowo pozostałości z wyburzeń, co zostało przedstawione Zamawiającemu w dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 09.09.2020r.

W dniu 02.09.2020 r. Wykonawca ZO Grinbud D. S. wniósł o odrzucenie oferty Odwołującego się, jako zawierającej rażąco niską cenę. W piśmie wskazano na brak szczegółowej kalkulacji oraz niedostateczność wyjaśnień w elementach wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto, Wykonawca zwrócił uwagę na fakt przyznania w treści wyjaśnień zaniżenia ceny wynikając z przegrania przetargów i braku zleceń. Dodatkowo, Wykonawca wskazał na brak wyceny pozycji nr 14 (str. 89), którą sam wycenił w kwocie 95 000 zł. netto.

W piśmie z dnia 09.09.2020r. (złożone do Zamawiającego w dniu 11.09.2020r.) Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia odnosząc się do argumentów prezentowanych w piśmie konkurenta z dnia 02.09.2020r.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp uwzględnił argumenty podniesione przez konkurencyjny podmiot w zakresie rzeczowym zakresu prac.

Prace rozbiórkowe i nawierzchniowe – wyjaśnienia ocenił jako niedostateczne dla ustalenia sposobu wyliczenia ceny. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób posiadanie maszyn wpłynęło na kalkulację. Podobnie wykonawca nie wykazał jakie zakresy roboczo-godzin zostały zminimalizowane oraz w jakim stopniu miało to przełożenie na cenę oferty. Bardzo dobra organizacja przedsiębiorstwa, na którą wskazuje bez przykładów redukcji kosztów stałych lub zmiennych, nie została przedstawiona w odniesieniu do wysokości ceny. Odnosnie niższych kosztów utylizacji, wykonawca nie wskazał, o jakie elementy z rozbiórki chodzi, jaka jest ich ilość, jak planuje je ponownie użyć oraz jakie korzyści z tego tytułu i w jakiej wysokości uzyska. Ponadto Konsorcjum nie udowodniło okoliczności wskazanej, tj. iż nie ponosi kosztów dostarczenia odpadów na składowisko Transrol W. P. Udział wykwalifikowanej kadry został zbyt ogólnie opisany, jako mający ograniczać liczbę pracowników. Nie wiadomo jakie oszczędności przynosi kadra, a jaki mechanizm i jakie ma to przełożenie na skalkulowanie ceny. Jako gołosłowne Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rabatów, które nie zostały wykazane, jak również ich wpływ na wysokość ceny.

Nasadzenia – wyjaśnienia były wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony wykonawca miał opierać się na wycenie firmy, która zajmuje się terenami zielonymi, a następnie wskazywał, iż sam te prace wykona z wykorzystaniem posiadanych maszyn, które mają obniżyć koszty z wyceny firmy trzeciej. Konsorcjum nie przedstawiło dowodu, iż takie maszyny posiada, jak również kosztów ich pracy oraz wpływu na sposób kalkulacji ceny oferty.

Ławy fundamentowe – załączone karty podmiotów trzecich (Inodrog sp. z o.o., Frajda s.c. G. F., A. G., Dr Sil Polska), nie stanowiły oferty i nie mają wartości dowodowej w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Oferty Podwykonawców – podobieństwo ofert skłoniło Zamawiającego do wniosku, iż zostały przeklezione (nieusunięte wiersze z tabel kosztorysowych sporządzonych przez Konsorcjum). Dodatkowo, Pan J. K. ma zawieszoną działalność gospodarczą, co czyni wątpliwym możliwość realizacji prac przez ten podmiot, a tym samym dokonana wycena również obciążona jest ryzykiem błędu. Oferta nr OFE 2449/20 Buglo nie została skierowana do Odwołującego i nie mogła stanowić podstawy do wyceny. Nie ma żadnej wartości dla oceny oferty, jak również nie została podpisana. Powyższe okoliczności budzą wątpliwości co do rzetelności przedłożonych ofert i co więcej budzą podejrzenie, że oferty podmiotów nie były podstawą sporządzenia kosztorysu, lecz to oferta Konsorcjum była podstawą do późniejszego sporządzenia ofert tych podmiotów.

Samodzielną realizacją zamówienia. Oferty podwykonawców nie mogą stanowić podstawy do uzasadnienia kalkulacji wykonawcy, który w ofercie oświadczył, iż nie będzie korzystał z podwykonawców.

Przyznanie zaniżenia wyceny. Konsorcjum wskazując na sytuację rynkową (utrata zamówień o które się ubiegał, mniejszą ilość zleceń) miałoby potwierdzić fakt zaniżenia ceny, celem uzyskania tego zamówienia.

Po złożeniu wniosku przez kontrkandydata o wgląd do akt, Konsorcjum z własnej inicjatywy złożyło dodatkowe wyjaśnienia dotyczące ceny, których Zamawiający z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, nie wziął pod uwagę. Potrzeba ponownego wezwania do wyjaśnień musiałaby wynikać z obiektywnych okoliczności, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie

będzie uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie postawione w wezwaniu pytania. Dopiero z treści pisma z dnia 11.09.2020r. wynika jakakolwiek próba uzasadnienia, w jaki sposób posiadanie własnego parku maszynowego redukuje koszty. Nadal jednak nie wiadomo, o jakim poziomie redukcji jest mowa i nie ma na to żadnych wyliczeń czy dowodów. Podobnie dotyczy to związku pomiędzy mechanizacją prac a posiadaniem doświadczonej i wykwalifikowanej kadry. Części ze złożonych dowodów stanowi uzupełnienie wcześniejszych (braki podpisów), a część jest nowych, co potwierdza, iż wykonawca mógł złożyć dokumenty przy pierwszych wyjaśnieniach.

Zamawiający przedstawił w ramach uzasadnienia prawnego wytyczne z orzecznictwa dotyczące stosowania przepisów ustawy w zakresie wyjaśnienia wysokości ceny.

Zamawiający pominął dodatkowe wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 11.09.2020r. złożone bez wezwania, uznając, iż w tych okolicznościach ich przyjęcie stanowiłoby o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Wezwanie do ponownych wyjaśnień musiałoby wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych na pierwsze wezwanie. Istotnym jest, aby wyjaśnienia złożone na wezwanie były rzetelne. Przy wyjaśnieniach niekompletnych, niezawierających odpowiedzi na wszystkie pytania, ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne w świetle zasady równego traktowania wykonawców.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie sporną stała się ocena wyjaśnień Konsorcjum złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, które Zamawiający uznał za ogólnikowe, nie pozwalające na uznanie, iż cena nie jest rażąco niska. Zamawiający zasadniczo podtrzymał ocenę wyjaśnień zawartą w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego akcentując w szczególności fakt, iż oferty podmiotów trzecich nie były wiarygodne z uwagi na brak identyfikacji z przedmiotowym zamówieniem, brak podpisu, jak również niezgłoszenie udziału podwykonawców w ofercie. Tym samym wyjaśnienia prezentowane jako pismo przewodnie, zawierające ogólne informacje na temat sytuacji gospodarczej przedsiębiorcy, nie pozwalało, w ocenie Zamawiającego przyjąć, iż Wykonawca skutecznie obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Dodatkowo na rozprawie Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego budziła jego obawy dotyczące braku uwzględnienia buforu finansowego w cenie ryczałtowej na nieprzewidziane wydatki, jak również obawiał się sytuacji, w której będzie musiał finansować zamówienia dodatkowe z budżetu własnego gminy. Odwołujący natomiast akcentował fakt załączenia do wyjaśnień ofert podmiotów trzecich, które obejmowały rzeczowy zakres prac wskazany w wezwaniu do wyjaśnień, które miały uwiarygodnić kalkulację własną Wykonawcy uwzględniającą zysk, podtrzymując przy tym twierdzenie, iż nie zamierza korzystać z podwykonawców na etapie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do przedmiotu sporu Izba uznała, iż dla oceny wyjaśnień znaczenie miało nie tylko pismo przewodnie zawierające ogólne informacje o przedsiębiorcy i jego zasobach (doświadczeniu, maszynach, kadrze pracowników), ale przede wszystkim stanowiące załącznik do wyjaśnień dowody w postaci ofert pozyskanych z rynku w zakresie rzeczowo zgodnym z pracami wskazanymi przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 25.08.2020r. Załączone dowody były kierowane do współkonsorcjanta, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż nie miały wartości dowodowej. Nie były to oferty podwykonawców, gdyż Odwołujący zamierza realizować zamówienie samodzielnie, zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym, stąd nie było konieczne, aby zawierały oznaczeniem przedmiotowego zamówienia. Stanowiły jednak informację o możliwych do uzyskania cenach podmiotów świadczących rodzajowe tożsame usługi z zakresem przedmiotu zamówienia. Zamawiający w zasadzie pominął przedstawione dowody, które Wykonawca przedłożył celem potwierdzenia realności wyceny prezentowanej w ofercie, a nie jako dowód nawiązania współpracy na potrzeby realizacji tego zamówienia. W ocenie Izby nie było podstaw do odmowy uwzględnienia kalkulacji dotyczących wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień prac, do których Zamawiający faktycznie się nie odniósł wskazując na przeszkodę formalne (brak podpisów, wskazania na powiązanie z przedmiotowym zamówieniem, czy też brak udziału podmiotów w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców). Tymczasem, zgodność rzeczowa przedstawionych kalkulacji kosztorysowych z zakresem zamówienia pozwalała ocenić, czy cena ofertowa uwzględnia całość prac, w tym rzeczowe nakłady. Odwołujący w sposób rzeczowy odniósł się w wyjaśnieniach do kalkulacji, która w ofercie miała charakter ryczałtowy. Wykonawca w wyjaśnieniach odnosił się do elementów, które budziły wątpliwości Zamawiającego, przedstawiając w tym zakresie pozyskane z rynku oferty, które uwiarygodniały kalkulację własną Wykonawcy przedstawioną w kosztorysie. Ewentualne błędy wykonawcy, jeżeli nie dyskwalifikowały oferty jako niezgodnej z siwz (takiej podstawy Zamawiający się nie dopatrył) oznaczałyby, że w ramach ustalonego wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany będzie wykonać zamówienie w zakresie zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie kwestionował zakresu rzeczowego kalkulacji, stąd nie było podstaw do badania oferty pod kątem zgodności z siwz.

Nie można tracić z pola widzenia, iż faktyczną podstawę odrzucenia oferty stanowiło przyjęcie, iż wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy. Zamawiający nie zakwestionował żadnej z wycen pod względem przyjętych stawek, kwestionując co do zasady możliwość przyjęcia tych kalkulacji brakiem wskazania w ofercie udziału podwykonawców. W ocenie składu orzekającego brak takiej deklaracji w ofercie nie stanowił przeszkody do oceny na podstawie złożonych ofert, czy zaoferowana cena jest realna – rynkowa. Zamawiający nie przedstawił przekonujących argumentów, które prowadziłyby do podważenia wiarygodności przedstawionych kalkulacji. Jego podejrzenia co do sposobu przygotowania ofert (dopasowania do ceny zaoferowanej) nie zostały w żaden sposób wykazane. Ponownie należy zauważyć, iż Zamawiający nie zakwestionował realności przedstawionych kalkulacji, w tym stawek prezentowanych w kosztorysie ofertowym a tym samym Izba uznała, iż wycena nie budziła wątpliwości. Wprawdzie w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający zidentyfikował część prac, która budziła jego podejrzenia, to bez odniesienia się w wezwaniu do przyczyn tych podejrzeń, Wykonawca mógł mieć problem z identyfikacją rzeczywistych powodów obaw Zamawiającego. Miało to dalsze konsekwencje, gdyż Wykonawca próbował wykazać rzetelność kalkulacji ofertami zewnętrznymi podmiotów, z którymi współpracuje przy okazji różnych zamówień. Jedyną okolicznością faktyczną wskazaną w wezwaniu było wyliczenie poziomu różnicy ceny do wartości oszacowanej przez Zamawiającego, tj. niższej o 30%, co w zestawieniu z wyliczonymi pracami pozwala uznać, iż ceny kosztorysowe pozycji rzeczowych budziły wątpliwości. Można zatem przyjąć, iż wątpliwość wynikała z samego zestawienia kwot z szacunkami Zamawiającego.

Faktycznie wątpliwości Zamawiającego, które decydowały o uznaniu wyjaśnień za niedostateczne miały inny wymiar i nie były podyktowane analizą cen, ale okolicznościami dotyczącymi obecnej sytuacji Wykonawcy wynikającej z utraty kilku zamówień oraz obaw Zamawiającego związanych z możliwością pokrycia kosztów zamówień dodatkowych z środków własnych gminy. Żadna z tych podstaw nie mogła prowadzić do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. To, że

Wykonawca wskazał na pilną potrzebę uzyskania tego zamówienia nie oznacza, iż przyznał się do zaniżenia ceny poniżej kosztów związanych z realizacją prac, a tym samym nie mogło to pozbawiać wiarygodności wyceny innych podmiotów. Co najwyżej okoliczność ta wskazywała na dążenie do złożenia oferty najkorzystniejszej, jednak nadal mającej walor rynkowy. Skoro Zamawiający nie przedstawił żadnego argumentu, który czyniłby wyliczenia błędnymi, to nie można przyjąć, aby załączone dowody dostarczały argumentów dla stwierdzenia zaniżenia ceny do poziomu rażąco niskiego.

Obawy, jakie wyartykułował Zamawiający na rozprawie nie mogły mieć żadnego wpływu na ocenę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Kwestia zamówień dodatkowych wykracza poza przedmiot zamówienia, a tym samym poza kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca nie miał obowiązku uwzględnienia kosztów zamówień dodatkowych, które nie są objęte niniejszym zamówieniem.

Na koniec należy odnieść się do kwestii proceduralnej, tj. braku skierowania do Wykonawcy dalszych wezwań do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. W świetle złożonego w ofercie kosztorysu, jak i ofert zewnętrznych nie można jednoznacznie stwierdzić, że wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy. Przeciwnie Wykonawca starał się przedstawić dowody, które uwiarygadniały jego kalkulacje. W sytuacji, gdy do oferty załączony został kosztorys z cenami jednostkowymi, a w wezwaniu Zamawiający nie wskazał powodów wątpliwości, poza zestawieniem ceny z szacunkiem Zamawiającego, Wykonawca mógł nie odpowiedzieć w sposób satysfakcjonujący na obawy Zamawiającego. Nie oznacza to, iż nie był zwolniony z obowiązku złożenia konkretnych wyjaśnień. W przypadku jednak dalszych wątpliwości, a te w niniejszej sprawie nie były podyktowane oceną wyjaśnień, ale pismem konkurenta, w którym ten wykazał błędy mające dyskwalifikować ofertę z przetargu, Zamawiający powinien był umożliwić Wykonawcy odniesienie się do nowych okoliczności wywołanych ponowną analizą wyjaśnień. W niniejszej sprawie nie zaistniał stan, w którym Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie. Złożył wyjaśnienia, które Zamawiający pierwotnie przyjął jako satysfakcjonujące, gdyż wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych. Jeżeli wystąpiły później nowe okoliczności, których Zamawiający pierwotnie nie dostrzegł, to dla zachowania przejrzystości decyzji podejmowanych w postępowaniu powinien umożliwić Wykonawcy odniesienie się do poruszonych przez konkurenta kwestii formalnych. W tej sytuacji brak wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień nie powinien stać na przeszkodzie do wzięcia pod uwagę informacji przekazanych samodzielnie przez Odwołującego, po tym jak powziął informację o działaniu konkurenta.

W świetle tych okoliczności Izba uwzględniła na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy odwołanie i nakazała unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000,00. zł oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążała nimi Zamawiającego. Ponieważ Odwołujący wniósł wpis w wyższej wysokości, tj. 15.000,00 zł, kwota 5.000,00 zł podlegała zwrotowi jako nadpłacona ponad należną wysokość wpisu ustaloną dla zamówień na roboty budowlane o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

Przewodniczący: