Sygn. akt: KIO 2444/20

WYROK
z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę ROKOM Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Jabłonna, ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonna

przy udziale wykonawcy Appius Inżynieria Sp. z o.o., ul. Wolska 123B, 05-119 Wola Aleksandra, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie i powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty Appius Inżynieria Sp. z o.o., ul. Wolska 123B, 05-119 Wola Aleksandra,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Gmina Jabłonna, ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonna** i:
   - **2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
   - **2.2** zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - **Gmina Jabłonna, ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonna** na rzecz Odwołującego - ROKOM Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa**,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 2444/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Jabłonna, ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonną prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę ścieżek rowerowych na terenie gminy Jabłonna w ramach projektu „*Poprawa warunków do rozwoju przyjaznych środowisku form transportu poprzez utworzenie systemu dróg rowerowych na terenie gminy Jabłonna – etap II*". Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4.08.2020 r. pod numerem 569503-N-2020.

Zamawiający przekazał wykonawcy ROKOM Sp. z o.o., ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa (dalej również jako Odwołujący) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Appius Inżynieria Sp. z o.o., ul. Wolska 123b, 05-119 Wola Aleksandra w części 7 zamówienia.

Od tej czynności w dniu 28.09.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 7 postępowania.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 7 jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2. Odrzucenia oferty wykonawcy Appius,

3. Powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie ścieżek rowerowych na terenie gminy Jabłonna, w ramach projektu: *„Poprawa warunków do rozwoju przyjaznych środowisku form transportu poprzez utworzenie systemu dróg rowerowych na terenie gminy Jabłonna*". W ramach części 7 zamówienia obejmuje przebudowę drogi gminnej ul. Sołeckiej w Skierdach oraz ul. Żwirowej w Trzcianach, polegająca na budowie chodnika i ścieżki rowerowej. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku nr 8 do SIWZ.

ołujący podnosi, że zgodnie z SIWZ, obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz
ertą Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ). Zgodnie z Rozdziałem XIV SIWZ. Opis sposobu obliczania ceny
Wykonawca określał cenę oferty poprzez wpisanie
ormularzu ofertowym ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, zaś przy ustalaniu ceny oferty należało wziąć pod uwagę przedstawione przez zamawiającego w SIWZ i załącznikach warunki realizacji zamówienia. Cena podawana przez wykonawcę w ofercie miała charakter ceny ryczałtowej. Wraz z ofertą wykonawcy poza Formularzem ofertowym nie składali żadnych dodatkowych dokumentów przedstawiających sposób kalkulacji ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego nie było wątpliwości, że w postępowaniu przyjęto dla potrzeb rozliczenia robót metodę rozliczenia ryczałtowego i konsekwentnie na potrzeby oferty obowiązkiem wykonawców była wyłącznie prezentacja łącznej ceny.

Odwołujący podnosi, że koresponduje to z treścią wzoru umowy, zgodnie z którym:

§ 1. Przedmiot Umowy

„Przedmiot Umowy, o którym mowa w ust. 1 określają: 1) specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ), 2) dokumentacja/dokumentacje projektowe (wraz z przedmiarem, który jest materiałem o charakterze orientacyjnym i pomocniczym) wymienione w SIWZ odpowiednio do Części, 3) Opis przedmiotu zamówienia (OPZ), 4) oferta Wykonawcy, stanowiące integralne części składowe niniejszej Umowy.

§ 5. Wynagrodzenie i warunki płatności

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu Umowy.

3. Wynagrodzenie umowne, o którym mowa w ust. 1,jest wynagrodzeniem ryczałtowym i jest stałe do końca trwania Umowy"

Dalej Odwołujący podaje, że zgodnie z informacjami podanymi przez Zamawiającego w trakcie procedury otwarcia ofert z dnia 1.09.2020 r., Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie przedmiotu zamówienia w zakresie Części nr 7 jako kwotę 3 500 000,00 zł brutto. Zgodnie z danymi zawartymi w złożonych ofertach, ranking wykonawców i zaoferowanych cen w zakresie Części 7 przedstawiał się w następujący sposób:

Numer oferty	Nazwa wykonawcy	Cena ofertowa	średnia arytmetyczna złożonych ofert	wartość: zamówienia {brutto}	najniższa cena
	BRUTTO	2 620 909,50 zł	3 500 000,00 zł	1860 867,00 zł	
			różnica do średniej arytmetycznej ofert:	różnica w odniesieniu do wartości zamówienia	różnica do oferty z najniższą ceną
1.	APPIUS Inżynieria Sp. z o.o.	1860 867,00	0,7100	0,5317	- zł
		- 29%	-46,83	0,00%	
2	ROKOM Sp. z o.o.	2 484 600,00	0,9480	0,7099	623 733,00 zł
		-5,20%	-29,01%	33,52%	
3	PPHU ANETKA A. C.	3 276 510,76	1,2501	0,9361	1415 643,76 zł
		25,01%	-6,39%	76,07%	

4	FAL-BRUK Sp.z o.o. Sp. k.	2 648 190,00	1,0104	0,7366	787 323,00 zł
		1,04%	-24,34%	42,31%	
5	Roboty Ziemne - Budowlane J. M.	2 677 545,29	1,0216	0,7650	816 678,29 zł
		2,16%	-23,50%	43,89%	
6.	PLANETA Sp.z o.o.	2 602 419,94	0,9929	0,7435	741 552,94 zł
		-0,71%	-25,65%	39,85%	
7	Drogi i Mosty-J. K.	2 796 233,49	1,0869	0,7989	935 366,49 zł
		6,69%	-20,11%	50,27%	

Z powyższego zestawienia Odwołujący wywodzi, że w przypadku wykonawcy Appius zachodzi wycena na poziomie połowy wartości zamówienia Zamawiającego i prawie 30% w relacji do średniej arytmetycznej cen ofert. W tej sytuacji wezwanie do wyjaśnienia ceny było obligatoryjne i racjonalnie uzasadnione poziomem niedoszacowania wyceny. Zamawiający, jak wynika z dokumentacji postępowania, wezwał w dniu 14.09.2020 r. wykonawcę APPIUS do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty mając na uwadze, że cena oferty tego wykonawcy była na poziomie obligującym do wezwania - przekraczała 30% różnicę w stosunku do wartości zamówienia. Odwołujący zaznacza, że Zamawiający w treści wezwania, poza przywołaniem treści art. 90 ustawy Pzp, w sposób wyraźny oczekiwał przedstawienia konkretnych informacji oraz dowodów na realność wyceny ofertowej - wskazując, że zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w postępowaniu wymaganiami, a w konsekwencji Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Odwołujący wskazuje, że mając na względzie fakt, że wycena ofertowa miała charakter ryczałtowy należy zauważyć, że Zamawiający nie posiadał w ofercie wykonawców kosztorysów, poza jego złożeniem warunkiem koniecznym dla skutecznego obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty było przedłożenie koniecznych dowodów.
W szczególności źródeł kosztów prezentowanych w kosztorysie złożonym przy wyjaśnieniach ceny w postaci konkretnych dowodów m.in. pozyskanych ofert na dostawy materiałów na potrzeby przedmiotowego postępowania, dowodów w zakresie faktycznych kosztów zatrudnienia personelu oraz kosztów pracy sprzętu, zysku itd.

Odwołujący informuje, że wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia, których, jego zdaniem, samych w sobie nie można uznać za próbę wyjaśnienia elementów cenotwórczych. Odwołujący wywodzi, że jednostronicowe wyjaśnienie należy uznać de facto wyłącznie za ogólnikowe zapewnienie wykonawcy o zdolności wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Zgodnie z wyjaśnieniem wykonawca wskazał:

„Firma APPIUS Inżynieria sp. z o.o. posiada własny sprzęt budowlany co pozwala zmniejszyć koszty realizacji inwestycji. Wynajem sprzętu kalkulowany w średnich stawkach SEKOCENBUD na podstawie których Zamawiający dokonuje oszacowania wartości zamówienia jest wysoki w stosunku do kosztów eksploatacyjnych własnych i maszyn".

Odwołujący podnosi, że argumentacja ta nie wskazuje, w jaki konkretnie sposób fakt dysponowania sprzętem (precyzyjnie - nie własnym, ale leasingowanym) powoduje obniżenie kosztu realizacji przedmiotu zamówienia - bez wątpienia koszty generują paliwo oraz koszty eksploatacji, koszty transportu sprzętu na plac budowy, a także koszty jego obsługi przez wykwalifikowany personel. Wykonawca pomija przy tym, że leasing operacyjny wymienionego sprzętu generuje bardzo wysokie koszty - raty leasingowe, które stanowią istotny koszt, który należało także zaprezentować i uwzględnić w wycenie w kosztach pośrednich (które są
w całości pominięte w kosztorysie). Odwołujący podnosi, że w przeciwieństwie do Appius – posiada on faktycznie posiada własny (nie leasingowany sprzęt), co pozwala obniżyć koszty. Odwołujący wskazuje, że wymienione w umowach leasingu 3 jednostki sprzętu są daleko niewystarczające do wykonania zamówienia, a jak wynika z treści wyjaśnień - ten sam sprzęt miałby być wykorzystywany do realizacji nie tylko Części nr 7, ale dodatkowo także 8 (w takim samym terminie realizacji).

Zdaniem Odwołującego argumentacja Appius sprowadza się do tezy -wykonawca dysponuje wskazanymi jednostkami

sprzętu -1 szt. ładowarka kołowa, 1 walec i 1 koparka kołowa,
a zatem to ma w automatyczny sposób obniżać koszty wykonania aktualnego przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wykazał przy tym, w jaki konkretnie sposób fakt dysponowania tymi 3 jednostkami sprzętu pozwala mu na tak znaczne, jak w ofercie, obniżenie kosztów. Dodatkowo zapewnienie wykonawcy o rzekomo własnym sprzęcie, w kontekście faktycznego leasingowania tego sprzętu podważa wiarygodność i rzetelność wyjaśnień.

Odwołujący wskazuje również, że wyjaśnienia ceny były wspólne dla Części nr 7 oraz 8,
a tymczasem kalkulacja ceny ofertowej w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych nie może być dokonywana w sposób zakładający uzyskanie zamówienia w obydwu z nich, ponadto w zakresie sprzętu mamy do czynienia z wyjaśnieniem dwóch zadań tym samym sprzętem.

„Zamawiający w OPZ zawarł informacje, że w ul. Akademijnej znajdują się uprzednio ułożone rury SRS do oświetlenia wiec nie wyceniano przecisków sterowanych dla ułożenia przewodów pod zjazdami i przejściami pod jezdnią ul. Akademijnej. Pozycja kosztorysowa nr 83 d. 12 oraz zmniejszona liczba słupów oświetleniowych zgodnie z OPZ."

Odwołujący podkreśla, że powyższy zakres był po prostu poza przedmiotem zamówienia
i wyceny - trudno uznać aby powyższa okoliczność w jakikolwiek sposób mogła mieć wpływ na obniżenie ceny oferty. Dodatkowo każdy z ubiegających się o zamówienie wykonawców miał obowiązek powyższy zakres zamówienia pominąć w wycenie. W ocenie Odwołującego powyższe jest całkowicie bez związku z wyjaśnieniem zaniżenia ceny oferty, a dodatkowo nie jest to okoliczność szczególna, właściwa wyłącznie dla wykonawcy Appius.

„Niższa rynkowa oraz wybuch pandemii COVID19 spowodował spadek cen materiałów drogowych co pozwoliło na obniżenia cen i większą konkurencyjność. W załączeniu oferta handlowa ceny BRIX (dowód 4 i 5) z I kwartału 2020 roku oraz z bieżącego kwartału".

ołujący podnosi, że jako profesjonalny wykonawca robót drogowych, mający wieloletnie doświadczenie rynkowe wskazuje, że pandemia nie spowodowała obniżenia cen materiałów - poza tym gdyby tak faktycznie było, byłaby to okoliczność nie nadzwyczajna dla wykonawcy Appius, ale dla wszystkich uczestników rynku (ceny pozostałych ofert złożonych w przetargu temu zaprzeczają). Wskazać należy, że branża budowlana jako jedna z nielicznych przez cały okres pandemii (także w jej początkowej fazie) była aktywna i realizowała roboty,
konsekwencji nie odczuła tak istotnie negatywnych skutków tej sytuacji. Odwołujący wskazuje, że faktycznie znaczna część cen materiałów budowlanych, zamiast, jak twierdzi wykonawca Appius być obniżana, ulega podwyższeniu i to istotnemu. Zdaniem Odwołującego teza jest gołosłowna, nieudowodniona i faktycznie ma za cel wyłącznie nieudaną próbę zaprezentowania jakiegokolwiek uzasadnienia rażącego zaniżenia wyceny przy braku uzasadnienia w postaci dowodów potwierdzających powyższe. Dodatkowo wskazać należy co szczegółowo zostanie przedstawione poniżej, że faktycznie oferta firmy BRIX nie dotyczy przedmiotu aktualnego zamówienia. Jedynym dowodem złożonym wraz z wyjaśnieniami ceny są ceny ofertowe na kostkę brukową i krawężniki, a tymczasem przedmiotem zamówienia m.in. jest wykonanie nawierzchni z kostki bezfazowej - nie ma takiego materiału w ofercie
RIX. Faktycznie przedstawiona oferta BRIX odpowiada niespełna 5% wartości zamówienia, Odwołujący twierdzi, że wykonawca zaniechał przedstawienia jakichkolwiek rzeczywistych dowodów prezentujących podstawy kalkulacyjne. Rzeczywisty koszt podstawowych materiałów wg oferty Odwołującego to wartości netto około 1 mln zł. Załączone dowody firmy BRIX dotyczą tylko materiałów na kostkę betonową, krawężniki i obrzeża, co stanowi 11% wartości wszystkich materiałów i około 5% wartości oferty. Podkreślenia wymaga też fakt, że przedstawiona jako dowód oferta firmy BRIX nie dotyczy kostki betonowej bezfazowej, która jest droższa od zwykłej - oferta ta nie jest dedykowana dla tej konkretnej inwestycji.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza wprost, że przy wyjaśnieniach ceny wykonawca ograniczył się do wypełnienia przedmiarów Zamawiającego co oznacza, że faktycznie zaprezentował jedynie obliczenie ceny ofertowej, a tymczasem celem wezwania miało być wyjaśnienie źródeł pochodzenia kosztów.

Dalej Odwołujący podkreśla całkowity brak jakichkolwiek dowodów w przedmiocie źródeł pochodzenia kosztów zaprezentowanych w kosztorysie złożonym przy wyjaśnieniach. Odwołujący podnosi, że nie można za taki uznać oferty BRIX wobec faktu, że nie dotyczy zakresu przedmiotu zamówienia i materiałów, które będą kupowane na potrzeby realizacji zamówienia. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych dowodów w zakresie poziomu ceny zakupu jakichkolwiek materiałów na potrzeby przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wywodzi, że wyjaśnienia całkowicie pomijają koszty pracy personelu. Nie jest znana ani ilość personelu jaką wykonawca zamierza realizować kontrakt, ani przede wszystkim stosowane stawki wynagrodzenia personelu - w tym operatorów sprzętu, a także kadry kierowniczej. Powyższy koszt jest kosztem podstawowym w wycenie ofertowej obok materiałów budowlanych. Brak jest w zakresie kosztów pracy jakichkolwiek informacji, nie wspominając już o dowodach - brak np. przykładowych kopii umów o pracę personelu. Nie sposób z treści wyjaśnień ustalić, na jakim poziomie są wynagrodzenia pracowników i czy faktycznie uwzględniają obowiązujące przepisy i choćby minimalne wynagrodzenie określone w obowiązujących przepisach. Odwołujący wspomina o zastosowaniu przez Zamawiającego
w postępowaniu klauzuli prozatrudnieniowej do praktycznie całego zakresu rzeczowego zamówienia. Zgodnie z klauzulą zawartą w SIWZ:

„Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez wykonawcę lub podwykonawcę, osób wykonujących czynności
w zakresie realizacji zamówienia, dla czynności polegających na wykonywaniu pracy
w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1040), w szczególności w odniesieniu do następującego zakresu robót budowlanych:

1) roboty rozbiórkowe,

2) roboty ziemne,

3) roboty w zakresie fundamentowania dróg,

4) roboty w zakresie nawierzchni dróg (ławy, krawężniki, obrzeża, nawierzchnie jezdni
i chodników),

5) wykonywanie robót w zakresie oczyszczania terenu,

6) roboty w zakresie demontażu i instalowania znaków drogowych,

7) roboty w zakresie oznakowania poziomego”.

Odwołujący wskazuje, że Wzór umowy (§ 11) poza procedurą weryfikacji zatrudnienia przewiduje bardzo wysokie kary umowne z tytułu niezatrudnienia na podstawie umowy
o pracę personelu (5000 zł za każdy przypadek).

Dalej Odwołujący podnosi, że kosztorys wykonawcy Appius złożony wraz z wyjaśnieniami ceny zawiera wyłącznie wycenę kosztów pochodzących z Załącznika nr 2 do SIWZ w postaci kosztorysu uproszczonego odpowiadającego przedmiarowi z dokumentacji przetargowej, gdzie suma kosztów odpowiada wartości oferty. Powyższe skutkuje całkowitym pominięciem w wyjaśnieniach i wycenie tak istotnych kosztów jako koszty pośrednie (wynagrodzenie nadzoru, koszty zaplecza, koszty finansowe budowy - ubezpieczenia i gwarancje, tymczasowa organizacja ruchu, obsługa geodezyjna, koszty laboratorium, koszty przerzutów sprzętu, brak kosztów zakupu materiałów). Dodatkowo, co wymaga podkreślenia, kosztorys nie wskazuje, aby zamówienie generowało jakikolwiek zysk.

Odwołujący wywodzi, że analiza treści złożonego wraz z wyjaśnieniami ceny załącznika nr 2 wskazuje na znacznie zaniżone - niespotykane na rynku ceny istotnych pozycji kosztorysowych m.in.:

1.Wycinka drzew i karczowanie pni z wywozem na miejsce wskazane przez Zamawiającego (pozycje od 17 do 35) - wartość w ofercie Appius to 17.135,31 zł a wartość rynkowa to około 200 tys. zł (w ofercie Odwołującego 198.480 zł),

2. Odhumusowanie na głębokość 15 cm w cenie 0,03 zł/m2 (pozycja 14) - wartość w ofercie Appius to 154,23 zł a wartość rynkowa to około 10 tys. zł (w ofercie Odwołującego 11.582,08 zł)

3. Poręcze ochronne sztywne - balustrada U-11a (pozycje 102 i 103) - wartość w ofercie Appius to 78.113,52 zł, a wartość rynkowa około 200 tys. zł (w ofercie Odwołującego 193.078 zł)

4. Montaż elementów U-25b (pozycja 104) - wartość w ofercie Appius to 20.069,73 zł a wartość rynkowa to około 80 tys. zł (w ofercie Odwołującego 76.723 zł),

5. Elementy murów oporowych (pozycje 85 do 89) - wartość w ofercie Appius to 81.809,01 zł
a wartość rynkowa to około 400 tys. zł (w ofercie Odwołującego 374.317 zł),

Przykłady niekonsekwencji w wycenie podważające wiarygodność i racjonalność wyceny:

6. Pozycja 14 zdjęcie warstwy humusu gr. 15 cm Appius podaje cenę skrajnie zaniżoną 0,03 zł/m2, natomiast dla pozycji 60 wykonanie koryta o głębokości 10 cm (taki sam rodzaj robót, tylko mniejsza grubość) wykonawca podaje już cenę 1,72 zł/m2 - cena większa już 57 razy,
z kolei dla pozycji 50. wykonanie koryta o głąb. 10 cm podaje cenę 0,40 zł/m2,

7. Pozycja 15. Wywóz ziemi do 1 km Appius podaje cenę 4,55 zł/m3, a dla pozycji 39 o tej samej treści podaje cenę 13,46 zł/m3,

8. Pozycja 18 ścinanie drzew o średnicy 16-25 cm Appius podaje cenę 19,43 zł/szt., natomiast dla pozycji 20 ścinanie drzew dwukrotnie większych (średnicy 36-45 cm) podaje cenę 9,92 zł/szt.

9. Pozycja 22 ścinanie drzew o średnicy 56-65 cm Appius podaje cenę 38,10 zł/szt., natomiast dla pozycji 23 ścinanie drzew większych (średnicy 66-75 cm) podaje cenę 16,04 zł/szt.

10. Pozycja 28 mechaniczne karczowanie pni o średnicy 56-65 cm Appius podaje cenę 25,56 zł/szt., natomiast dla pozycji 29 mechaniczne karczowanie pni większych (średnicy 66-75 cm) podaje cenę 0,59 zł/szt. (cena zaniżona 43-krotnie od pni o mniejszej średnicy)

11. Pozycja 49 nawierzchnia z mieszanek bitumicznych - warstwa wiążąca, o grubości 4 cm Appius podaje cenę 20,70 zł/m2, a dla pozycji 50 dla cieńszej nawierzchni z mieszanek bitumicznych - warstwa ścieralna, o mniejszej grubości 3 cm, podaje cenę 59,99 zł - cenę 3-krotnie większa (masy bitumiczne na te warstwy różnią się cenowo bardzo niewiele),

12. Pozycja 79 ława pod krawężniki z betonu C12/15 Appius podaje cenę 841, 40 zł/m3, a dla pozycji 84 o takiej samej treści podaje cenę 363,0 zł/m3 - cena ponad dwukrotnie zaniżona

13. Pozycja 81. Krawężniki betonowe o wymiarach 12x25x100 cm (0,03 m 3 betonu
w elemencie) Appius podaje cenę 30,55 zł/m, a dla pozycji 82. Obrzeże betonowe
o wymiarach 30x8x100 cm (0,024 m3 betonu w elemencie - element mniejszy gabarytowo) podaje cenę 48,73 zł/m.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że zaprezentowane obliczenia ceny (faktycznie nie są to wyjaśnienia ceny) są dokonane w sposób całkowicie nieracjonalny i przypadkowy. Powyższe wprost podważa wiarygodność i racjonalność wyjaśnień ceny.

Wykonawca Appius w treści wyjaśnień w sposób szczególny wskazuje na kwestię sposobu wyceny murów oporowych typu L z prefabrykacji.

„4. Rozwiązaniem przy wykonaniu ścieżek rowerowych w obydwu częściach zamówienia jest wykonanie murów oporowych typu L z prefabrykacji. Mury oporowe mogą być prefabrykowane na miejscu (placu budowy) i taką produkcją założono w kalkulacji cenowej co znacząco pozwoliło obniżyć koszty wytworzenia. Koszty wytworzenia na miejscu obniżone w dużej mierne po przez tak konieczność transportu elementów które ze względu na swoje wymiary wymagają zwiększonej ilości miejsca na skrzyniach samochodowych oraz specjalistycznych dźwigów co wpływa na ich koszt. Wykonanie „L" bezpośrednio w miejscu posadowienia obniża koszty logistyczne oraz pomija pośrednictwo w produkcji prefabrykatów co zwiększa zyski spółki i pozwala na większą konkurencyjność".

Wykonawca stwierdza, że dowodem na obniżenie kosztów realizacji zamówienia ma być wycena wykonania murów prefabrykowanych na miejscu (placu budowy) i taką produkcję rzekomo założono w kalkulacji cenowej co, jak stwierdza, znacząco pozwoliło obniżyć koszty wytworzenia. Odwołujący wskazuje, że sama rynkowa wartość tych materiałów to 212.040 zł netto - Appius w swojej ofercie te elementy z ustawieniem na budowie wycenił na 81.809,01 zł. Zdaniem Odwołującego na skalę zaniżenia ceny jednoznacznie wskazuje pozycja 89 kosztorysu Appius, gdzie cena jednostkowa obejmująca wyprodukowanie i ustawienie tego elementu wynosi w ofercie Appius 111,04 zł/m, natomiast koszt 1 m z zakładu produkującego takie elementy kształtuje się na poziomie 350 zł/m - ponad 3,5 krotnie wyższym.

Ponadto w wyjaśnieniach Appius w pkt 4 podaje, że w kalkulacji założono produkcję (prefabrykację) na placu budowy, co ma pozwolić na obniżenie kosztów wytworzenia. Sama
w sobie argumentacja jest nieracjonalna. Nawet przyjmując teoretycznie że jest możliwe wykonanie takich murów na budowie - wykonawca i tak nie uniknie kosztów dostawy materiałów i specjalistycznych dźwigów (wydaje się że wykonawca zakłada, że kosztów tych także uniknie przy prezentowanym sposobie wykonania murów).

Rynkowy koszt netto 1 m elementu muru żelbetowego wykonanego na placu budowy wynosi ponad 1.000 zł netto, natomiast wykonawca Appius oferuje wykonanie murów za całkowicie oderwaną od realiów cenę 100 zł. W kontekście deklarowanego w wyjaśnieniach zamiaru wykonania murów oporowych na budowie wskazać należy, że termin realizacji całej inwestycji będzie odbywał się w okresie późnej jesieni i zimy - wskazanie przez Zamawiającego terminu wykonania

do 30.03.2021 r. Trudno zakładać, że warunki atmosferyczne podczas betonowania na placu budowy będą pozwalały na taki sposób wykonania - temperatura poniżej zera, opady deszczu i śniegu. Poza tym wymagana duża dokładność wykonania takiego elementu ściany oporowej musi wykluczyć taki sposób realizacji zamówienia. Zamawiający w trakcie postępowania uzupełnił SIWZ o STWiORB D - M - 10.01.01 MURY OPOROWE - lektura dokumentu i szczegółowy op wymagań praktycznie wyklucza możliwość wykonania murów na miejscu tj. na placu budowy.

Przy takich elementach jak mury oporowe L - to zakłady prefabrykacji z własnymi węzłami betoniarskimi i gotowymi formami do produkcji elementów murów oporowych pozwalają na wykonanie tych materiałów zgodnie z wymagania w Specyfikacji Technicznej: w istniejących halach produkcyjnych chroniących przed opadami atmosferycznymi i niskimi temperaturami oraz w odpowiednich warunkach technologicznych (odpowiednia temperatura, brak opadów, odpowiedni okres dojrzewania betonów). W wyjaśnieniach wykonawca stwierdza, że mury oporowe mogą być prefabrykowane na placu budowy. To z przyczyn technologicznych czynność niewykonalna. To właśnie wykonanie tych typowych elementów w zakładzie prefabrykacji (dlatego właśnie powstały te zakłady, aby produkować szybciej, taniej
i w odpowiednich warunkach technologicznych) jako typowego materiału pozwala obniżyć koszty wyprodukowania jako produkcja seryjna, powtarzalna, poza tym nie ma możliwości wykonania w warunkach polowych, bezpośrednio na placu budowy deskowania elementów, włożenia zbrojenia stalowego i właściwego zagęszczenia mieszanki betonowej w takim elemencie oraz zachowania precyzyjnych danych wymogów specyfikacji technicznej - poniżej przykładowy fragment STWiORB:

„2.4, Żelbetowe elementy prefabrykowane

*Kształt i wymiary żelbetowych elementów prefabrykowanych powinny być zgodne
z dokumentacją projektową. Odchyłki wymiarowe prefabrykatów powinny odpowiadać PN-B-02356 [4j według 7 klasy: Wymiar elementu, mm Tolerancja wymiaru, mm od 300 do 900 -10 mm od 900 do 3000 - 12 mm od 3000 do 9000 -16 mm. Powierzchnie elementów powinny być gładkie, bez raków, pęknięć i rys. Dopuszcza się drobne pory o głębokości do 5 mm, jako pozostałości po pęcherzykach powietrza i wodzie.*

*Po wbudowaniu elementów dopuszcza się wyszczerbienia krawędzi o głębokości do 10 mm
i długości do 50 mm w liczbie 2 sztuk na 1m krawędzi elementu, przy czym na jednej krawędzi nie może być więcej niż 5 wyszczerbień. Elementy należy składować na wyrównanym, utwardzonym i odwodnionym podłożu. Poszczególne rodzaje elementów powinny być składowane oddzielnie".*

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie 75 do SIWZ:

„75. Prosimy o podanie szczegółowych SST dla ścian żelbetowych typu i z rysunkami technicznymi zbrojenia?

Odpowiedź: Zamawiający załącza uzupełnienie STWiORB dotyczące muru oporowego. Przy przedstawieniu do akceptacji materiału Wykonawca powinien również uwzględniać wytyczne danego producenta".

Zarówno treść pozycji przedmiarowych jak i odpowiedź Zamawiającego wskazują na producenta a nie wykonawcę. Ani projektant, ani Zamawiający nawet nie przewidywali możliwości wykonania tych konstrukcji na placu budowy.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie był w stanie w żaden racjonalny sposób wykazać realności wyceny istotnej kosztowo pozycji „mury oporowe'" i nie będąc
w stanie zaprezentować w wyjaśnieniach jakiejkolwiek oferty wytwórni w zaoferowanej cenie, musiał uciec się do zabiegu z prezentacją rzekomego zamiaru wykonania murów na placu budowy. Odwołujący stwierdza, że produkcja murów oporowych przy wymaganym reżimie technologicznym i warunkach atmosferycznych na placu budowy nie jest wykonalna. Najprostszym dowodem na realność wyceny byłaby oferta zakładu prefabrykatów, jednak poziom ceny, jaki był skalkulowany w ofercie, uniemożliwiał pozyskanie takiej na potrzeby wyjaśnień ceny i stąd ta koncepcja.

Dalej Odwołujący wskazuje, że wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków dot. doświadczenia zawodowego (warunek udziału - doświadczenie zawodowe wykonanie co najmniej dwóch zamówień - każde polegające na budowie i/lub remoncie i/lub przebudowie drogi o nawierzchni asfaltowej lub ścieżki rowerowej o nawierzchni asfaltowej oraz o wartości każdego zamówienia brutto nie mniejszej niż:

- dla Części 7-2 000 000,00 zł (dwa miliony złotych 00/100);

korzysta z podmiotu trzeciego - INSTAL-NIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Al. Chruściela „MONTERA" GEN., nr 106 lok. 4; 00-910 Warszawa.

Odwołujący podnosi, że warunkiem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w przypadku doświadczenia w robotach budowlanych jest realizacja zamówienia przez ten podmiot. W konsekwencji powyższe oznacza, że podmiot ten faktycznie musi być podwykonawcą zamówienia. Wyjaśnienia ceny całkowicie pomijają koszty podmiotu użyczającego/podwykonawcy, co oznacza, że albo nie przewiduje udziału w realizacji zamówienia tego podmiotu (byłoby to pozorne użyczenie), albo też nie dysponuje taką ofertą, albo też oferta, jaką posiada, nie pozwala na

przedstawienie jej, ponieważ jest wyższa niż koszty w kosztorysie. Udział robót bitumicznych w ofercie wykonawcy wg kosztorysu złożonego przy wyjaśnieniach ceny wynosi dokładnie 17,10%, a tymczasem przewidywana wartość udziału podwykonawcy INSTAL-NIKA to zaledwie 10% i zakres rzeczowy podwykonawstwa ogranicza się do robót bitumicznych.

Wykonawca uznawał powyższe informacje za tajemnice przedsiębiorstwa, jednak z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że wykonawca przewiduje następujący zakres podwykonawstwa Wykonanie robót bitumicznych - procentowa wartość zakresu – 10%.

Treść pisemnego zobowiązania INSTAL-NIKA wskazuje:

„I. Wiedza i doświadczenie:

1. Budowa: „Aktualizacja dokumentacji projektowej ul. Kopalnianej wraz z wykonaniem na jej podstawie robót budowlanych polegających na budowie ul. Kopalnianej na terenie Dzielnicy Bemowo (...) wraz z oświetleniem i odwodnieniem ulicznym" - wartość zamówienia 5854 800.00zł .

2. Budowa: „Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Żabia Wola: ul. Krakowiańska Żelechów, ul. Dębowa-Osowiec Etap, II, ul. Kresowa Ojrzanów i remont ul. Kresowej Ojrzanów (Część I i III) - wartość zamówienia 6 746 844,40 zł

Praca przy realizacji zamówienia

c) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący:

Umowa

e) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: wykonanie robót bitumicznych".

Wyjaśnienia ceny całkowicie udział podwykonawcy pomijają, w szczególności brak oferty podwykonawczej.

Odwołujący stwierdza, że wyjaśnienia ceny oferty sprowadzają się do lakonicznego potwierdzenia, że wycena jest prawidłowa, tymczasem przedmiotem wyjaśnień zgodnie z wezwaniem Zamawiającego miały być konkretne podstawy kalkulacyjne. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia ceny Appius uznać należy za niezawierające żadnego uzasadnienia dla przyjętej zaniżonej kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący powołuje się na orzecznictwo KIO w zakresie dotyczącym procedury wyjaśnień ceny oferty oraz obowiązków jakie spoczywają na wykonawcy wezwanym KIO 1524/19, KIO 1197/19, KIO 1108/18. Wskazuje też, że Orzecznictwo KIO stoi na przeszkodzie powtarzaniu procedur wezwania do wyjaśnień ceny, wskazując na wyrok KIO 431/19 i KIO 2637/18.

Odwołujący podnosi, że w tej sytuacji, wobec przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wezwania do wyjaśnienia ceny oferty Appius oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Appius Inżynieria Sp. z o.o., ul. Wolska 123B, 05-119 Wola Aleksandra, wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania
łości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Okoliczności faktyczne oraz postanowienia SIWZ powołane w treści odwołania, przytoczone powyżej, odpowiadają rzeczywistości i nie były sporne, wobec czego nie będą przez Izbę powtarzane.

Przytoczyć należy natomiast wskazane przez Zamawiającego informacje związane
z wartością szacunkową zamówienia. Zamawiający wskazał, że w Części 7 zamówienia, której dotyczy rozpoznawane odwołanie, wartość zamówienia w oparciu o kosztorys inwestorski wyniosła 3 222 781,65 zł netto, co daje kwotę 3 964 021,43 brutto. Wszystkie ze złożonych ofert miały cenę o powyżej 30% niższą niż wartość zamówienia wynikająca z kosztorysu inwestorskiego. Średnia arytmetyczna cen ofert wyniosła 2 620 909.50 zł. Cena oferty Appius była o 29% niższa od średniej cen i o 53,1% niższa od wartości zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Przed szczegółowym odniesieniem się do zarzutów odwołania należy zwrócić uwagę na kilka kwestii ogólnych, wobec stanowiska Zamawiającego, przeczącemu, co następuje.
W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że zakresu odwołania i jego podstawy nie określają jedynie przepisy prawa przytoczone przez wnoszącego odwołanie na jego wstępie, przy wskazaniu zarzutów. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Co za tym idzie – powołana podstawa prawna nie ogranicza zakresu kognicji Izby. Kluczowymi dla rozpoznania odwołania są wskazane okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, nie powołana podstawa prawna. A contrario, skonstruowanie zarzutu poprzez przytoczenie jedynie podstawy prawnej, bez powołania okoliczności faktycznych uzasadniających jego postawienie, skutkuje pozostawieniem takiego „zarzutu" bez rozpoznania, *de facto* bowiem nie jest to zarzut, a jedynie przytoczenie przepisu. Odnosząc powyższe do realiów rozpoznawanej sprawy należy zważyć, że bez znaczenia pozostaje powołana przez Zamawiającego okoliczność, że Odwołujący nie powołał art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a jedynie art. 89 ust. 1 pkt 4 tejże. Odwołujący konsekwentnie podnosił
i dowodził, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego Appius nie pozwalają na uznanie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Co za tym idzie, argumentacja odwołania nakazywała uznanie, że Odwołujący podnosi okoliczności faktyczne i prawne, których dotyczy dyspozycja art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, naruszenie tego przepisu było zatem również przedmiotem zarzutu odwołania.
Dalej należy odnieść się do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą w zasadzie nie był on zobligowany do wezwania przystępującego Appius do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.
Zamawiający podnosił, że cena wszystkich ofert odbiegała o powyżej 30% od wartości szacunkowej zamówienia, gdyż dokonał przeszacowania jego wartości, a co za tym idzie – zachodziła sytuacja, w której „*rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia"*, co zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania do wyjaśnień. Niezależnie od powyższego jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wprost przyznaje, że wezwał wykonawcę Appius, gdyż cena jego oferty w znaczący sposób odstawała od cen pozostałych wykonawców. Wskazał też, że jego intencją było upewnienie się, że wykonawca za zaoferowaną cenę zdolny jest do wykonania całego zamówienia zgodnie z wymaganiami. Zamawiający zatem sugerował, że w rzeczywistości nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty Appius,
a wezwanie miało charakter formalny.
Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że skierowanie do wykonawcy wezwania do wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp powoduje, że po stronie wezwanego wykonawcy aktualizuje się obowiązek udzielenia wyjaśnień. Wyjaśnienia te muszą odpowiadać treści wezwania oraz wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (m.in.). złożenie dowodów). Co za tym idzie, niezależnie od faktycznych pobudek zamawiającego kierującego wezwanie do wyjaśnień, na wykonawcy spoczywa ciężar udzielenia żądanych wyjaśnień i udowodnienia, że cena oferty jest realna (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wymóg prawidłowego udzielenia wyjaśnień
i udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska, w razie jego niespełnienia obwarowany jest sankcją odrzucenia oferty, zawartą w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
Niezależnie od wskazanego obowiązku wykonawcy do udzielenia przekonujących i popartych dowodami wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, należy zauważyć, że
w rozpoznawanej sprawie Zamawiający miał wątpliwości co do realności ceny oferty Appius, zatem winien był rzetelnie zbadać czy wykonawca sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi.
W tym zakresie stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności z sugerowaną „formalnością" wezwania - sam bowiem w wezwaniu do wyjaśnień, jak i w odpowiedzi na odwołanie, wskazał że oferowana cena budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.
Podsumowując powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw dla uznania, ażeby
w rozpoznawanej sprawie zachodziły jakiekolwiek okoliczności wyłączające badanie złożonych przez Przystępującego Appius wyjaśnień w kontekście art. 90 ust. 1 – 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
Zaznaczyć przy tym należy, że zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt
w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołany przepis odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia
i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ustępie 2 przedmiotowego artykułu, ustawa określa, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień – bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa na wykonawcy. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości w zakresie realności ceny i wezwał do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), a wykonawca nie udzieliłby wyjaśnień, Zamawiający nie

mógłby jednoznacznie stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) – stałoby to w sprzeczności z wcześniej wyrażonymi „wątpliwościami" wskazanymi w ww. wezwaniu. Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie.
Podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18). Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przechodząc do oceny, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy zbadać, czy złożona przez Przystępującego Appius oferta zawierała rażąco niską cenę oraz czy udzielone przezeń wyjaśnienia pozwalały na uznanie, że zaoferowana cena jest realna. Jak wskazano powyżej, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że cena jego oferty była o ponad 30% niższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Zważyć należy, że cena ta była od wartości zamówienia niższa o 53%, zaś od średniej cen złożonych ofert – o 29%. Nie budzi zatem wątpliwości, że Zamawiający był zobligowany do wezwania do wyjaśnień, a także, że było to działanie racjonalne i zasadne, z uwagi na wyjątkowo niską cenę. W treści wezwania Zamawiający zażądał przedstawienia wyjaśnień, a także złożenia dowodów (co zostało przez Zamawiającego podkreślone) dotyczących wyliczenia ceny
w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj.:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący Appius złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 17 września 2020 r. W odniesieniu do części 7 zamówienia powołał się na 3 okoliczności
w zakresie zaoferowanej ceny: posiadanie własnego sprzętu budowlanego, spadek cen materiałów budowlanych z powodu pandemii oraz wykonanie murów oporowych typu L na miejscu budowy – zamiast korzystania z gotowych prefabrykatów, co obniża koszty transportu, produkcji i pośrednictwa. Jako dowody na pierwszą okoliczność przedłożył umowy leasingu wywrotki, walca i koparko-ładowarki, na drugą – oferty firmy Brix produkującej materiały budowlane z dnia 24.01.2020 r. (przed pandemią) i dnia 18.08.2020 r. (w trakcie pandemii). Ponadto Przystępujący złożył wycenę realizacji zamówienia.
W ocenie Izby złożone przez Przystępującego Appius nie pozwalają na uznanie, że cena jego oferty jest realna. Po pierwsze wskazać należy, że Przystępujący nie odniósł się składników ceny, na które wskazywał Zamawiający w wezwaniu. Nie wskazał m.in. kosztów pracy, w tym wyliczeń obciążeń wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów
o zabezpieczeniu społecznym i powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
W odniesieniu do okoliczności posiadania sprzętu budowlanego, należy wskazać, że Przystępujący nie wykazał, w jaki sposób wpływa to na cenę, poza ogólnikowym stwierdzeniem, że zmniejsza koszty realizacji inwestycji. Jest to tym bardziej istotne, że wbrew twierdzeniom wyjaśnień nie posiada ich „na własność", a jest jedynie korzystającym na podstawie umowy leasingu – co niesie koszty w postaci raty leasingowej.
Kolejna okoliczność, na którą powoływał się Przystępujący – spadek cen materiałów budowlanych – mogłaby mieć wpływ na ustalenie realności ceny oferty, pod warunkiem, że Przystępujący wykazałby, w jaki sposób przekłada się to na cenę oferty. Nie są wystarczające ogólnikowe stwierdzenia, poparte w dodatku jedynie jedną ofertą – w dodatku producenta, który, zgodnie z niezaprzeczonym twierdzeniem Odwołującego, w ofercie posiada jedynie jeden z materiałów wykorzystywanych w realizacji zamówienia (krawężniki obrzeżne), których wartość jest nieznaczna. Ponadto spadek cen materiałów jest okolicznością powszechną, dotyczącą również innych wykonawców, którzy nie byli w stanie zaoferować aż tak obniżonej ceny. Ostatnia z powołanych przez Przystępującego okoliczności, które miały pozwolić na zaoferowanie tak niskiej ceny dotyczyła wykonania murów oporowych L na terenie budowy,
w zastępstwie prefabrykatów dostarczanych na plac budowy. Po raz kolejny zaznaczyć należy, że nie jest wystarczającym ogólnikowe wskazanie na obniżenie kosztów. Przystępujący winien był przedstawić wyliczenia dotyczące wpływu takiego rozwiązania na cenę oferty oraz dowody na ich poparcie.
Również przedłożone przez Przystępującego wyliczenie ceny realizacji zamówienia nie może zostać uznane za wystarczające wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Jak zasadnie wskazał Odwołujący, na podstawie tego dokumentu nie sposób ustalić czy Przystępujący
w zaoferowanej cenie uwzględnił koszty pracy, koszty pośrednie i zysk – w wyliczeniu brak jest takich pozycji, a pokrywa ono całą cenę ofertową. Co więcej, przedłożone przez Przystępującego wyliczenie nie może zostać uznać za wiarygodne wyjaśnienie, wobec okoliczności, że było ono oparte w całości o kosztorys Zamawiającego, a jak Przystępujący sam wskazał w zgłoszeniu przystąpienia - kosztorys ten zawierał błędy co do ilości – a zatem również wyliczenie Przystępującego, które powtarzało wszystkie ilości z kosztorysu – obarczone było błędami. Bez znaczenia pozostaje podkreślana przez Zamawiającego okoliczność, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a zatem Przystępujący dowolnie mógł kształtować ceny poszczególnych pozycji kosztorysu i zawierać w nich różne składniki cenowe (w tym koszt pracy i zysk). Przedstawienie samego wyliczenia – w dodatku obarczonego błędami – nie stanowi bowiem dowodu realności ceny.
W tym miejscu dodać należy, że w piśmie wyjaśniającym Przystępującym powoływał się również na okoliczności dotyczące ul. Akademijnej – odnosiło się do to części 8 zamówienia, pozostaje zatem bez znaczenia w sprawie.
Nie można również pominąć, że sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznaje, że złożone wyjaśnienia „noszą pewne cechy niedokładności". Z kolei bez wpływu na ocenę złożonych przez Przystępującego wyjaśnień

pozostają przypuszczenia, które w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy podnosił Zamawiający. Zamawiający usiłował wywieść, z czego może wynikać niska ceny oferty Przystępującego – np. wykorzystanie materiałów z innych budów, sprzedaż pozyskanego drewna. Należy wskazać, że są to właśnie przypuszczenia Zamawiającego i sam fakt, że Zamawiający musiał je poczynić, wskazuje na wadliwość wyjaśnień Przystępującego. W sytuacji, gdyby Przystępujący sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi złożenia wyjaśnień i wykazania realności ceny, Zamawiający mógłby wprost wskazać na założenia, które pozwoliły Przystępującemu zaoferować tak niską cenę, bowiem wynikałyby one z wyjaśnień. Dywagacje Zamawiającego o potencjalnych źródłach oszczędności Przystępującego w żaden sposób nie naprawiają lakonicznych, ogólnikowych wyjaśnień Przystępującego.
W ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia i złożone dowody nie pozwalają na uznanie, że zaoferowana cena jest realna. Udzielone przez Przystępującego informacje nie potwierdzają, że za zaoferowaną cenę jest on w stanie zrealizować zamówienie, wobec czego Zamawiający powinien był dokonać odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
W konsekwencji uwzględnienia zarzutu omówionego powyżej, Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 7 postępowania – oferty, która powinna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……..