Sygn. akt: KIO 2351/20

WYROK
z dnia 21 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 października 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**21 września 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Inmel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum (1) MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu i (2) O. Maszyny Budowlane sp. z o.o. z siedzibą w Sławacinku Nowym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp,

3.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego**: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie i:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Inmel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od **Zamawiającego: Państwowego Gospodarstwa Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, reprezentowanego przez: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**na rzecz **Odwołującego Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego Inmel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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. 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:
……

Sygn. akt KIO 2351/20

UZASADNIENIE

Dnia 21 września 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Inmel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Poznaniu, dalej jako „Odwołujący".

Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na „Udrożnienie i stabilizacja koryta Pilicy w kilometrach od KM 153+00 do 159+300" prowadzi **Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**, dalej „Zamawiający". Przedmiotem Zamówienia są roboty budowlane (CPV 45246000-3), ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. U. UE z dnia 29.06.2020 r., pod numerem 2020/S 123-300693. Wartość postępowania jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:
1.1. ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie MELBUD S.A. i O. Maszyny Budowlane sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum"),
1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty niezgodnej w swej treści z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ").

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Konsorcjum złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w którym Konsorcjum zaplanowało wykorzystać odmienną technologię / materiały niż wskazane przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej w swej treści z treścią z SIWZ,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się dnia 11.09.2020 r., kiedy to Zamawiający udostępnił informację o wyborze najkorzystniej oferty. Odwołanie składane jest zatem w przepisanym terminie. Wpis od odwołania, w kwocie stosownej do dyspozycji
§ 1 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku
w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 r., nr 41, poz. 238), został uiszczony na rachunek bankowy UZP. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego dnia 18.09.2020 r.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu po odrzuceniu oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę oraz sprzecznej w swej treści z treścią SIWZ. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje lub powodować może poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania.

[rażąco niska cena – ciężar dowodu]

Oferta Konsorcjum jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i jako taka była przez Zamawiającego poddana procedurze wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie,
że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca (Konsorcjum) wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity
w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 Pzp. Przykładowo Odwołujący wskazał następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09) wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r. KIO (KIO/UZP 262/09), wyrok SO
w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., (sygn. akt: V Ca 2214/06), wyrok SO w Warszawie z dnia 13.02.2014 r. (sygn. akt: V Ca 3765/13), wyrok SO w Warszawie z dnia 17.02.2014 r.,
(sygn. akt: V Ca 3547/13).

Utrwaliło się również w orzecznictwie stanowisko, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, że musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert.

W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga także to, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tym zakresie mamy do czynienia ze zbiegiem norm prawnych. Odwołujący przywołał przykładowe wyroki: KIO dnia 03.04.2013 r.
KIO 664/13).

[rażąco niska cena – wyjaśnienia]

Odwołujący zwrócił przede wszystkim uwagę na istotną rozbieżność pomiędzy ceną ofertową Konsorcjum a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Konsorcjum bowiem zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 25.217.541,16 zł, co stanowi ledwie ok. 64% wartości zamówienia, oszacowanej przez Zamawiającego na kwotę 39.314.567,82 zł. Ponadto kolejne złożone oferty są wyższe od oferty Konsorcjum o odpowiednio 12.377.891,48 zł (oferta Odwołującego) oraz 30.161.570,48 zł (oferta Przedsiębiorstwa Realizacyjnego „Inora" Inorganic Activities sp. z o.o.).

W konsekwencji tych różnic, biorąc pod uwagę brzmienie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający w dniu 18.08.2020 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień,
w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zamówienia,
w szczególności w zakresie opisanym w art. 90 ust.1 pkt 1-5 Pzp. W szczególności Zamawiający zwrócił się do wskazania w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym kosztów robocizny, pracy sprzętu, zakupu materiałów, zysku
i innych okoliczności mających wpływ na cenę wraz z kalkulacją wyceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 27.08.2020 r. Konsorcjum złożyło niezwykle lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia. Z pisma nie wynikało w żaden sposób, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do poszczególnych punktów wyjaśnień Odwołujący stwierdził, że:

- pkt 2 Wyjaśnień Konsorcjum – pomimo wezwania do przedstawienia kalkulacji oraz wskazania czynników cenotwórczych – wskazało jedynie, że w cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie załączonym do oferty ujęte zostały również wszelkie koszty dodatkowe, takie jak koszty ogólne, pośrednie, koszty zarządu czy zysk wykonawcy.

Co jednak istotne, w wyjaśnieniach nie wskazano, w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane, jaka jest ich wysokość (w kwotach bezwzględnych, lub choćby procentowo), jaki jest zakładany zysk wykonawcy. Poza ogólnym stwierdzeniem, nie pokazującym żadnych konkretnych kwot, Konsorcjum nie udzieliło żadnych informacji.

Również, jeżeli chodzi o rzekome oszczędności, które zostały założone przy wycenie oferty, złożone wyjaśnienia są dalece niewystarczające. Co prawda Konsorcjum choć wskazuje, w jaki sposób miałoby uzyskać oszczędności rzekomo pozwalające na zaoferowanie tak niskiej ceny, jednak czyni to w sposób skrajnie wręcz ogólnikowy (hasłowy). Przede wszystkim jednak Konsorcjum nie podaje żadnych szczegółów, co do tego jak owa rzekoma oszczędność powstaje i z czego konkretnie wynika, a ponadto w żaden sposób nie wskazuje ani konkretnych kwot, ani choćby ich poziomu. Biorąc pod uwagę wskazaną powyżej rozbieżność pomiędzy ofertą Konsorcjum oraz pozostałymi ofertami
i wartością szacunkową zamówienia (czego wykonawca był świadom), Konsorcjum powinno w sposób bardzo dokładny i szczegółowy przedstawić sposób kalkulacji ceny,
a w szczególności właśnie oszczędności, które miałyby mu umożliwić wykonanie przedmiotu postępowania za znacznie niższą cenę. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum temu obowiązkowi nie podołało.

Podobnie wyglądają Wyjaśnienia jeżeli chodzi o koszty pracownicze, Konsorcjum ograniczyło się wyłącznie do wskazania, że „wartość kosztów pracy (…) jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę" (pkt 3 Wyjaśnień). Jednocześnie jednak Konsorcjum nie wskazało jakie poniesie nakłady osobowe w związku z koniecznymi do wykonania robotami. Ze udzielonych wyjaśnień nie sposób ustalić stawki za roboczogodzinę czy roboczodzień przyjętych do wyliczeń ceny ofertowej. Nie można bowiem uznać za wystarczające wskazanie, że wartość jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia, skoro nie wiadomo, ile ta różnica wynosi – czy 100 zł czy 1000 zł czy może 4.000 zł.

Ponadto Konsorcjum w żaden sposób nie przełożyło stawek za roboczogodziny/roboczodni na poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, co uniemożliwia ich faktyczną weryfikację.

Dodatkowo w punkcie 7 Wyjaśnień Konsorcjum wskazuje, że część robót zamierza wykonać z pomocą lokalnych podwykonawców, nie przedstawiając jednak uzyskanych ofert. Co więcej, brak jest przełożenia rzekomo niższych kosztów lokalnych podwykonawców na cenę ofertową. A skoro Konsorcjum wywodzi z tego tytułu oszczędności, powinno wykazać, o jakiego rzędu kwotach jest mowa. Dodatkowo w ofercie złożonej Zamawiającemu (pkt 3 Formularza ofertowego), Konsorcjum zadeklarowało samodzielne wykonanie zamówienia. Ta rozbieżność z treścią oferty stawia poważnie w wątpliwość wiarygodność Wyjaśnień.

Jeżeli chodzi o koszt materiałów (pkt 4 Wyjaśnień), to ponownie – oprócz powołania się na rzekomo korzystne oferty, które Konsorcjum miało uzyskać przed złożeniem oferty w postępowaniu, ponownie brak jakichkolwiek szczegółów. Przede wszystkim Konsorcjum nie podało żadnych kosztów, jakie faktycznie poniesie z tego tytułu. Ponadto, do Wyjaśnień nie zostały dołączone żadne oferty dostawców. Tym samym twierdzenia Konsorcjum w tym zakresie nie pozwalają w żaden sposób zweryfikować sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Ponadto Konsorcjum podnosi, że wpływ na niższy koszt materiałów znaczenie miał fakt, iż zamawia ich duże ilości. Co jednak istotne, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia będą potrzebować takich samych ilości materiału, a tym samym złożyli podobne zapytania do dostawców.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że ze wskazanych powodów wszyscy wykonawcy dostali oferty na podobnym poziomie. Biorąc zaś pod uwagę, że ze nieprzedłożenie przez Konsorcjum otrzymanych ofert, nie sposób ich zweryfikować, ta argumentacja przedstawiona w Wyjaśnieniach nie może mieć znaczenia dla uznania, że cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności przekładają się na brak wiarygodności Wyjaśnień oraz zaoferowanej ceny. Dla każdej z pozycji wskazanych w formularzu ofertowym w ramach wyjaśnień do wskazanej ceny jednostkowej wykonawca powinien wskazać, ile osób będzie realizowało te prace, w jakim wymiarze czasowym, za jakie wynagrodzenie, jaki będzie koszt materiałów i urządzeń, jaki będzie koszt związanego z tym transportu.

Dodatkowo – jak sam wykonawca wskazał – powinien również wskazać koszty ogólne i pośrednie oraz założony zysk uwzględnione w zaoferowanej cenie jednostkowej. Konsorcjum żadnej z tych okoliczności nie wskazało w sposób jasny i konkretny, przedstawiając wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia.

Ponadto wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, a tym samym należy je uznać wyłącznie za gołosłowne deklaracje.

Na szczególną uwagę zasługuje punkt 5 Wyjaśnień, gdyż zdaniem Odwołującego świadczy on o przyjęciu przez Konsorcjum do kalkulacji i przygotowania oferty częściowo błędnej technologii. Zgodnie z SIWZ (oraz odpowiedziami Zamawiającego na pytania do SIWZ) wymogiem Zamawiającego było, aby wykonawca przy realizacji zamówienia zastosował przy odmulaniu wykonanie grobli z georur. Pomimo tego oraz pomimo wyraźnego sprzeciwu Zamawiającego na zmianę technologii (vide odpowiedzi na pytania do SIWZ), Konsorcjum w wyjaśnieniach (por. pkt 5) wskazało, że georury zamierza zastosować wyłącznie na 25% długości grobli (a nie na 100% jak wymaga tego Zamawiający), a pozostałą część grobli wykonać w innej technologii z użyciem innych materiałów. Jednocześnie należy wskazać, że błędna technologia przyjęta przez Konsorcjum, jak twierdzi samo Konsorcjum, ma istotny wpływ na wyliczenie ceny i powstanie oszczędności w tej ofercie. W Wyjaśnieniach wskazano, że „przyjęcie takiej technologii wykonania pozwoliło na uzyskanie znacznej oszczędności". W konsekwencji należy uznać, że skoro jak samo Konsorcjum twierdzi przyjęcie innej technologii, skutkuje owymi „znacznymi oszczędnościami", to musi oznaczać, że gdyby Konsorcjum oparło swoją kalkulację na technologii wymaganej przez Zamawiającego, cena ofertowa tego wykonawcy byłaby znacznie wyższa.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na Konsorcjum spoczywał obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Ogólnikowe wyjaśnienia, na których poparcie nie przedstawiono żadnych dowodów nie mogły zostać uznane za skuteczne i obalające domniemanie z art. 90 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, skoro Konsorcjum jako podmiot profesjonalnie prowadzący swoją działalność nie wykazało, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, Zamawiający powinien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym 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.

[niezgodność oferty z SIWZ]

Biorąc pod uwagę treść złożonych Wyjaśnień, oferta Konsorcjum winna zostać uznana za niezgodną z postanowieniami SIWZ.

Treść wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp lub art. 87 ust. 1 Pzp, wskazuje na treść oferty złożonej przez wykonawcę. Ujawnienie na etapie analizy wskazanych wyjaśnień niezgodności oferty z treścią SIWZ musi skutkować więc odrzuceniem oferty wykonawcy, nawet jeśli na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy zawartych w formularzu oferty można by przyjąć zgodność oferty z SIWZ. Kwestię tę KIO wyjaśnia w następujący sposób: *„w ocenie Izby, w złożonych wyjaśnieniach ujawnione zostały podstawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że nie jest prawdą, iż złożył ofertę zmieniając przedmiot zamówienia ani że jego oferta jest wariantowa oraz wskazał, że potwierdził gotowość do wykonania zamówienia zgodnie i ściśle z dokumentacją sporządzoną przez Zamawiającego, z uwzględnieniem dokonania w przyszłości pewnych optymalizacji i wycenieniem ryzyka związanego z taką optymalizacją. Tezie tej przeczy jednak treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień. (…) treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w sposób inny niż ustalony przez Zamawiającego. Szczegółowe odpowiedzi na pytania Zamawiającego wskazują, że wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, iż ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich dokumenty, Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przez Zamawiającego. Przywołana wyżej ogólna deklaracja nie pozwala na pominięcie okoliczności ujawnionych w szczegółowej części wyjaśnień i nie stanowi o zgodności oferty z treścią SIWZ. Mimo że Odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do*

wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez Zamawiającego" (wyrok z dn. 7.11.2014 r., KIO 2184/14, KIO 2185/14).

Tym samym, skoro wykonawca oświadcza, że zamierza w określony sposób realizować przedmiot zamówienia, to takie oświadczenie należy traktować, jako treść jego oferty. W konsekwencji, jeżeli oświadcza wprost, że zamierza realizować przedmiot zamówienia w sposób odmienny od wymogów określonych w SIWZ, jego oferta musi zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinien był nie tylko zweryfikować, czy wyjaśnienia te w sposób prawidłowy wykazują rynkowy charakter ceny ofertowej, ale również winien zweryfikować, czy założenia, na jakich wykonawca oparł się wyceniając ofertę, są zgodne z wymogami SIWZ.

Zgodnie z punktem 2.1 SIWZ oraz z Załącznikiem nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiot zamówienia" przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie grobli i odstojnika z georur. Również w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 4b do SIWZ), w pozycjach 22-24 Zamawiający jako pozycje rozliczeniowe wskazał „wykonanie grobli i odstojnika z georur". Jest to o tyle istotne, że Zamówienie będzie rozliczane kosztorysowo, a zatem kosztorys załączony do oferty nie ma charakteru pomocniczego, a będzie stanowić podstawę rozliczeń stron.

W toku postępowania Zamawiającemu zostało zadane pytanie do SIWZ, czy zamiast georur można zastosować big-bagi itp. W dniu 22.07.2020 r. Zamawiający udzielił następującej jednoznacznej odpowiedzi na powyższe pytanie: *„Zamawiający nie wyraża zgody na zastosowanie big-bagów, przy realizacji zadania można stosować tylko georury"*. Co istotne, zarówno pytanie jak i odpowiedź Zamawiającego dotyczyły nie tylko zastosowania użycia big-bagów, ale także ogólnie wszelkich innych technologii. Kategoryczna odpowiedź Zamawiającego przesądza w sposób jednoznaczny, że nie dopuszcza on zastosowania jakiejkolwiek innej technologii przy zamówieniu niż georury. Zarówno wyjaśnienia Zamawiającego jak i pytania do SIWZ wraz z odpowiedziami, stanowią integralną część SIWZ, a tym samym muszą być uwzględnione przy sporządzaniu oferty.

W ofercie złożonej przez Konsorcjum, a dokładnie w punktach 22-24 kosztorysu (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4b do SIWZ), Konsorcjum wyceniło roboty z zastosowaniem georur. Jednocześnie, w Wyjaśnieniach (pkt 5 pisma z dn. 27.08.2020 r.), Konsorcjum wskazało: *„W wycenie miejsc odkładu urobku z robót refulacyjnych ujęto wykonane 25% długości grobli z georur tylko w najniższych miejscach od strony rzeki. Na pozostałej długości grobli wyżej położonej zastosowano proekologiczne opaski palowo-wielokiszkowe uzupełnione pakunkami faszynowymi, ziemią i darniną pozyskaną z terenu pod planowane odkłady gruntu"*. Z Wyjaśnień tych wynika jednoznacznie, że pomimo wyraźnego braku zgody Zamawiającego na zmianę technologii, Konsorcjum zamierza realizować przedmiot zamówienia częściowo w inny sposób niż wynika to z SIWZ.

Zamawiający nabrał wątpliwości, ponieważ pismem z dnia 8.09.2020 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie punktu 5 Wyjaśnień z dn. 27.08.2020 r.

W kolejnym piśmie, z dnia 10.09.2020 r., Konsorcjum potwierdziło, że zamierza wykonać groblę i odstojniki tylko częściowo (w ok. 25%) z georur, w pozostałym zakresie stosując inną technologię. W ocenie Odwołującego, takie stanowisko Konsorcjum przedstawione w obu pismach, jednoznacznie świadczy o tym, że oferta Konsorcjum jest oczywiście niezgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ i potwierdzonymi w odpowiedziach Zamawiającego na pytania do SIWZ.

Bez znaczenia przy tym pozostają podnoszone przez Konsorcjum kwestie, jakoby przyjęte przez nich rozwiązanie było bardziej proekologiczne i prowadziło do takiego samego efektu, co technologia wymagana przez Zamawiającego. W praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego należy bowiem rozróżnić dwie sytuacje – kiedy zamawiający określa w SIWZ tylko i wyłącznie efekt, jaki chce osiągnąć, pozostawiając wykonawcom decyzję co do stosowanej technologii oraz drugą, kiedy zamawiający oprócz efektu, narzuca również technologię, w tym technologię realizacji prac, która ma być zastosowana do jego osiągnięcia. W postępowaniu mamy do czynienia z drugim ze wskazanych przypadków. Zamawiający bowiem nie tylko określił interesujący go efekt (tj. udrożnienie i odmulenie koryta Pilicy), ale również określił technologię, w jakiej mają być prowadzone prace (tj. m.in. zastosowanie georur). Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie do SIWZ potwierdził, że tylko i wyłącznie ta określona w SIWZ technologia będzie mogła być zastosowana. W takim przypadku, Konsorcjum nie było uprawnione do samowolnej zmiany części georur na opaski palowo-wielokiszkowe, gdyż Zamawiający nie wyraził zgody na taką zmianę.

Ponadto nie można zgodzić się z Konsorcjum, że możliwe będzie rozliczenie za wykonanie grobli gdyż nastąpi to na podstawie kosztorysu ofertowego. Roboty wykonane w technologii przyjętej przez Konsorcjum nie będą mogły być rozliczone w ramach pozycji 22-24 kosztorysu ofertowego. Co prawda wskazane tam pozycje są rozliczane jako komplety, jednak jeden komplet to „wykonanie grobli i odstojnika z georur", a nie „wykonanie grobli i odstojnika". Skoro zatem Konsorcjum wykona wyłącznie 25% grobli i odstojnika z georur, nie może rozliczyć tego jak wykonania 100% odcinka z georur ani nie może rozliczyć w ramach tych pozycji robót wykonanych w innej technologii. Tym bardziej, że w kosztorysie wykonawca zadeklarował zastosowanie wyłącznie georur, a zatem rozliczane roboty nie byłyby zgodne z tytułem rozliczenia. W konsekwencji, skoro Konsorcjum przy kalkulacji ceny ofertowej założyło częściowo odmienny od określonego w SIWZ sposób wykonania przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien był odrzucić jego ofertę jako niezgodną z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie oferty konkurencyjnego wykonawcy za najkorzystniejszą, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1

ustawy Pzp

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 9 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Wykonawca miał sporządzić i załączyć do oferty kosztorys ofertowy wg załączonego wzoru - formularz nr 4b do SIWZ jako sumaryczne zestawienie iloczynów ilości jednostek przedmiarowych i kalkulacyjnych cen jednostkowych Wykonawcy. Kalkulacyjne ceny jednostkowe należało opracować w oparciu o załączone do specyfikacji: przedmiar robót, dokumentację projektową, STWiOR, SIWZ i czynniki cenotwórcze wykonawcy. Wykonawca zobowiązany był do opracowania kosztorysu ofertowego zgodnie z obowiązującym wszystkich wykonawców przedmiarem robót, bez dodawania lub ujmowania jakiejkolwiek pozycji przedmiarowej z dokładnie przeniesionymi opisami pozycji przedmiarowych, nie zmieniając jednostek przedmiarowych oraz ilości jednostek. Wykonawca nie ma obowiązku sporządzenia kalkulacji kosztorysowej zgodnie z podaną w przedmiarze robót podstawą normatywną. Przywołane katalogi nakładów rzeczowych stanowią jedynie uszczegółowienie opisu robót. Jeżeli wykonawca uzna, że w przedmiarach pominięto jakieś pozycje niezbędne dla prawidłowego wykonania robót to może uwzględnić ich koszt w innych pozycjach kosztorysu albo w narzutach kosztów pośrednich. Powyższa zasada dotyczy również uwzględnienia w cenie ofertowej dodatkowych kosztów, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (np. zapewnienie nadzoru przyrodniczego), przewidzianych w SIWZ
i jej załącznikach. Wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami. Cena jednostkowa każdej pozycji wyceny musi obejmować w zależności od potrzeb: koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz koszty pośrednie **i** zysk, bez podatku VAT, podatek VAT należy doliczyć do sumarycznej wartości netto. W ramach ceny ofertowej Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić wszelkie inne koszty związane z realizacją zamówienia, w tym m.in. wynikające z organizacji zaplecza
i placu budowy, utrzymania oraz jego rozbiórki i uporządkowania terenu po zakończeniu budowy; dzierżawy placu budowy; robót tymczasowych (drogi czasowe), czasowego zajęcia pasa technologicznego, ewentualnych odszkodowań dla właścicieli nieruchomości za zajęcie gruntu lub szkody w uprawach rolnych związane z wykonywaniem robót budowlanych; zapewnienia obsługi geodezyjnej: tyczenie i wykonanie powykonawczej inwentaryzacji robót; utylizacji gruzu i innych odpadów; przygotowania zadania inwestycyjnego do odbioru końcowego; innych nie wymienionych w przedmiarze robót a wynikających z dokumentacji projektowej, SIWZ oraz wzoru umowy. Wszystkie ceny określone przez wykonawcę będą obowiązywały do zakończenia umowy i nie będą podlegały zmianom, z wyjątkiem przypadków opisanych we wzorze umowy. Ceny jednostkowe oraz cena oferty mają być wyznaczone z dokładnością do jednego grosza. Kosztorys mógł być sporządzony
w arkuszach kalkulacyjnych, w edytorach tekstowych pod warunkiem, że zawiera wszystkie wymagane dane określone w formularzu nr 4b. Zamawiający pozostawił wykonawcom możliwość wyboru metody sporządzenia kosztorysu ofertowego - uproszczoną lub szczegółową, W związku z powyższym kosztorysy ofertowe sporządzone przez wykonawców wybraną metodą będą traktowane przez zamawiającego jako prawidłowo sporządzone. Wykonawca zrealizuje roboty budowlane zgodnie z zakresem rzeczowym ujętym w SIWZ i jej załącznikach.

W dniu 18 sierpnia 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 90 ust 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Konsorcjum Melbud do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zamówienia, w szczególności
w zakresie opisanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w wyniku analizy oferty i dyspozycji art. 90 ust 1 a ustawy Pzp stwierdzono, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia brutto
i stanowi 64,14 % jego wartości. W związku z powyższymi ustaleniami wskazującymi na podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający prosił o przedłożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w tym kosztów robocizny, pracy sprzętu zakupu materiałów, zysku i innych okoliczności mających wpływ na cenę wraz z kalkulacją wyceny oferty.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum wskazało, że w jego ocenie złożona oferta jest rzetelna, adekwatna i zezwala na realizację zadania.

1. Konsorcjum zauważyło, że nie zna sposobu i metod kalkulacji czynników cenotwórczych
w wyliczonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej
o należny podatek VAT, która wynosi 39.314.557,82 zł brutto. Nie można więc odnieść się dlaczego cena oferty stanowi 64,14 % tej wartości.
2. W wycenie cen jednostkowych Formularza wyceny przedmiotu zamówienia przekazanego wraz z ofertą zostały uwzględnione wszelkie wymagane koszty i wydatki, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót objętych postępowaniem przetargowym, w tym koszty ogólne budowy, koszty zarządu, koszty ubezpieczenia budowy, koszty należytego zabezpieczenia wykonania umowy, kosztów odszkodowań, kosztów obsługi geodezyjnej
i geotechnicznej, kosztów niezbędnych robót tymczasowych wraz z ryzykiem ogólnym.
3. Konsorcjum oświadczyło, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny ofertowej jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie obowiązujących przepisów prawa.
4. Oferta w maksymalnym stopniu uwzględnia pozyskanie materiału miejscowego,
a w szczególności materiału gruntowego do zasypek i faszyny. Istotny wpływ na cenę miało też na etapie opracowywania oferty uzyskanie od dostawców korzystnych cen na materiały faszynowe, kołki i pale melioracyjne, geowłókniny oraz kamień hydrotechniczny. Ceny
te uwzględniają duże ilości potrzebne do wbudowania jak również bezpośrednią ich dostawę na plac budowy przez tych dostawców. Poza tym cena kamień hydrotechniczny została skalkulowana przy uwzględnieniu transportu kolejowego, co miało znaczący wpływ na ostateczną cenę przyjętą w wycenie ofertowej.
5. W wycenie miejsc odkładu urobku z robót refulacyjnych ujęto wykonanie 25% długości grobli z georur tylko w najniższych miejscach od strony rzeki. Na pozostałej długości grobli wyżej położonej zastosowano proekologiczne opaski palowo-wielokiszkowe uzupełnione pakunkami faszynowymi, ziemią i darniną pozyskanymi z terenu pod planowany odkład gruntu. Przyjęcie takiej technologii wykonania pozwoliło na uzyskanie znacznej oszczędności.
6. Po przeprowadzeniu wizji lokalnej Konsorcjum stwierdziło, że pływalność barkami po rzece będzie bardzo ograniczona lub niemożliwa i dlatego w wycenie ofertowej został przyjęty transport lądowy urobku z robót czerpalnych wykonywanych koparką przy zastosowaniu wozideł, co zostało uwzględnione w wycenie pozycji nr 40 Formularza wyceny przedmiotu zamówienia przekazanego wraz z ofertą. Przyjęcie takiej technologii pozwoliło uzyskać dużą oszczędność. Tym samym w ofercie wartość transportu lądowego jest taka sama jak transportu wodnego. Zamawiający

z tytułu tej zmiany nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów.
7. Znaczne oszczędności uzyskano przy wykonaniu opaski brzegowej z materaca kamienno-faszynowego. Roboty te wykonywane będą w 90% z lądu przy udziale lokalnych podwykonawców, którzy mają o wiele mniejsze koszty prowadzenia działalności gospodarczej niż Wykonawca.
8. Sprzęt do prowadzonych robót oraz środki transportowe są w całości własnością Wykonawcy, więc do wyceny ofertowej ceny sprzętu zostały przyjęte po kosztach własnych uwzględniających faktyczne jego wydajności oraz faktyczne koszty jego eksploatacji
i utrzymania.
9. Znaczącym czynnikiem wpływającym na cenę ofertową jest planowana organizacja robót, określająca optymalne zasoby potrzebne do wykonania zamówienia oraz ich efektywne wykorzystanie.

Wszystkie wymienione powyżej czynniki zdaniem Konsorcjum znacząco wpłynęły na cenę ofertową i pozwoliły nam obniżyć cenę ofertową w stopniu 20-25% w stosunku do „sztywnie" wyliczonej ceny, nieuwzględniającej powyższych okoliczności.

W dniu 8 września 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Melbud do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zamówienia, w szczególności w zakresie opisanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień z dnia 27 08 2020r. pojawiły się u Zamawiającego następujące wątpliwości:

W pkt 5 w wycenie miejsc odkładu urobku z robót refulacyjnych ujęto wykonanie 25% długości grobli z georur tylko w najniższych miejscach od strony rzeki Na pozostałej długości grobli wyżej położonej zastosowano proekologiczne opaski palowo-wielokiszkowe uzupełnione pakunkami faszynowymi, ziemią i darniną pozyskanymi z terenu pod planowany odkład gruntu oraz kosztorysu ofertowego - Dział 2 pozycja 22,23,24.

Zamawiający prosił o doprecyzowanie i wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy złożonym kosztorysem ofertowym, a przesłanym wyjaśnieniem zawartymi w pkt 5. A także wskazanie na jakiej podstawie dokonano zmiany zakresu robót pozycji przedmiarowej (Dział 2 poz. 22 23,24) dotyczącej wykonania grobli i odstojnika z georur we wcześniejszych wyjaśnieniach.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że przedmiotem zamówienia jest cały zakres robót wskazany w przedmiarze robót i jego rozliczenie nastąpi kosztorysem powykonawczym.

Konsorcjum Melbud odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego, iż odpowiedź udzielona w punkcie 5. pisma z dnia 27.08.2020 wynika z troski Wykonawcy o ochronę środowiska i dążenie do jak największej renaturalizacji rzeki Pilicy z przyległymi do niej terenami objętymi zakresem postępowania przetargowego poprzez zastosowanie maksymalnie w realizacji materiałów naturalnych, ekologicznych i biodegradowalnych (faszyna, kamień) oraz ograniczenie w jak największym stopniu stosowania materiałów nie biodegradowalnych jakim jest polipropylen do produkcji georur. Dlatego też przyjęto
w stopniu technicznie niezbędnym georury wykonane z polipropylenu.

W ocenie Konsorcjum udzielona odpowiedź nie stoi w sprzeczności z głównym celem projektowym, którym jest odmulenie rzeki wraz z wydobyciem nadmiaru gruntu oraz jego rozplantowanie go we wskazanym przez Zamawiającego miejscu. Zgodnie z opisem do projektu wykonawczego znajdującym się na str. 22: *„Miejsca odkładu gruntu należy zabezpieczyć przed ponownym spływem urobku do rzeki. W tym celu proponuje się ogroblowania deponatorów przy użyciu georur (…)".* Projektant nie narzuca więc,
a wyłącznie proponuje zastosowanie georur. Instalacja ta tym samym jest wyłącznie rozwiązaniem jednym z możliwych, którego zastosowanie ma pozwolić na odsączenie
i zagospodarowanie wydobytego gruntu zgodnie z opisem do projektu znajdującym się na str. 23: *„Nie przewiduje się wywozu zdeponowanego gruntu. Odsączony grunt należy równomiernie rozplantować, powierzchnię odkładu obsadzić lokalną roślinnością wodolubną*
i szuwarową np. trzciny, tatarak, sitowie." Na powierzchniach georur niemożliwe jest wykonanie nasadzeń. Przedstawione w odpowiedzi rozwiązanie sprzyja szybszej renaturyzacji terenu.

Konsorcjum oświadczyło, że ma pełną świadomość, że rozliczenie wykonanych robót nastąpi kosztorysem powykonawczym, a jednostką obmiarową wykonania grobli
w miejscach odkładu urobku jest 1 kpl. (komplet). Rozliczenie nastąpi wg cen jednostkowych pozycji 22, 23 i 24 Działu 2. kosztorysu ofertowego Wykonawcy i Zamawiający nie poniesie żadnych innych dodatkowych kosztów związanych z wykonaniem tych elementów robót. Kalkulacja cen jednostkowych Wykonawcy obejmuje kompleksowe wykonanie prac,
jak również koszty prac niewymienionych literalnie w kosztorysie ofertowym, a niezbędnych do realizacji zamówienia. W świetle powyższych wyjaśnień Wykonawca oświadczył, że cena ofertowa uwzględnia wszystkie koszty i wydatki wymienione w SIWZ, które należało w niej zawrzeć.

Biorąc powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez konsorcjum Melbud, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt
w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ocena, czy zaoferowana cena jest wiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego
w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia

z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wypływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Przechodząc do oceny złożonych w postępowaniu przez konsorcjum Melbud wyjaśnień, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu i na rozprawie. W ocenie składu orzekającego Izby złożone w postępowaniu wyjaśnienia przez Konsorcjum Melbud nać należy za ogólne i lakoniczne. Wyjaśnienia jedynie hasłowo wskazują na czynniki, które zdaniem Wykonawcy mogłyby przyczynić się do obniżenia kosztów. Wykonawca jednak nie załącza do tych hasłowych stwierdzeń jakichkolwiek elementów potwierdzających dane założenia cenowe, co więcej nie przedstawia również jakiejkolwiek kalkulacji. Nie przestawiono dowodów, że Wykonawcy udało się uzyskać korzystne ceny na materiały, nie złożono dowodów potwierdzających dysponowanie odpowiednim sprzętem, nie przedstawiono kalkulacji dla kosztów pracowniczych oraz kosztów zarządczych. Wykonawca miał możliwość i mógł przecież przedłożyć oferty związane z poszczególnymi rodzajami koszów, choćby w zakresie materiałów. Tymczasem takich ofert nie przedstawiono.

Izba nie dopatrzyła się przeszkód złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających, że zakładane koszty mogły zostać obniżone, ponieważ Wykonawca korzystał będzie z potencjału lokalnych podwykonawców. Można było także udowodnić, że wykonawca rzeczywiście otrzymał rabaty na wykonanie określonych prac na takim poziomie, które przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty. Takie materiały mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie być udostępniane pozostałym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zdaje się również w zakresie tego punktu nie zauważać, iż w formularzu ofertowym konsorcjum Melbud oświadczyło, że prace będzie wykonywało samodzielnie, podczas gdy składając wyjaśnienia Wykonawca wskazywał na korzystanie z podwykonawców. To w ocenie Izby świadczy, iż wyjaśnienia nie miały szczegółowego charakteru, nie odnosiły się do tego konkretnego postępowania a były raczej zbiorem ogólnych twierdzeń, które dałoby się zastosować w każdym postępowaniu. Konsorcjum Melbud nie wyjaśniło także co rozumie choćby pod stwierdzeniem, że znaczącym czynnikiem obniżającym cenę oferty jest planowana organizacja robót, określająca optymalne zasoby potrzebne do wykonania zamówienia oraz ich efektywne wykorzystanie. Wykonawca nie opisał na czym miałaby polegać ta optymalizacja robót podnosząca efektywność pracy wykonawcy i w jaki sposób przełożyło się to na kalkulację ceny ofertowej.

Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, aby uznać ich prawidłowość. Badając oferty Zamawiający winien kierować się podstawowymi zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadą równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie wyjaśnień w takim samym zakresie, przy przyjęciu takich samych założeń i sprawdzeniu wiarygodności kalkulacji określonego rodzaju prac i zdarzeń w stosunku so ofert wszystkich wykonawców. Zupełnie nie do zaakceptowania dla Izby jest okoliczność, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy w punkcie dotyczącym zastosowania innej niż przewidziana w dokumentacji projektowej technologii wykonania prac. Niewątpliwie troska o ochronę środowiska i dążeniem do jak największej renaturalizacji rzeki Pilicy z przyległymi do niej terenami objętymi zakresem postępowania przetargowego poprzez zastosowanie maksymalnie w realizacji materiałów naturalnych, ekologicznych i biodegradowalnych jest godna pochwały, ale niestety Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział inny sposób wykonania zamówienia i osiągnięcia zakładanego celu, niż zaproponował Wykonawca. Nawet jeżeli zastosowanie tej metody pozwoliło na obniżenie kosztów oferty, czego konsorcjum Melbud nie wykazało, to przyjęcie takiego sposobu realizacji było niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Melbud ograniczyło się do wskazania 9 punktów ogólnych twierdzeń, bez jakiegokolwiek przedstawienia rozbicia kosztów na poszczególne kategorie. Ogólności i lakoniczności wyjaśnień nie tłumaczy także charakter wykonywanych prac. Nawet jeżeli mamy do czynienia z nieskomplikowanym zadaniem, nie może to tłumaczyć braku wyjaśnień ze strony Wykonawcy.

Reasumując tę część wywodów Izby, zauważyć należy, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wiarygodnych wyjaśnień i dowodów w zakresie wysokości ceny oferty, czemu wykonawca konsorcjum Melbud w żaden sposób nie sprostał, gdyż nie przedstawił dowodów potwierdzających prawidłowość poczynionej kalkulacji. Zdaniem składu orzekającego Konsorcjum Melbud nie pokazało w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny.

Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby miał fakt, że ciężar dowiedzenia, że cena oferty Konsorcjum Melbud nie jest niska po otrzymaniu od Zamawiającego wezwania obciążał tego wykonawcę.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu w wyniku przeprowadzenia procesu ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba podziela również stanowisko odwołania w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia jasno ustalił, że pewne elementy przedmiotu zamówienia w

określonej ilości w określonym miejscu mają być wykonane z georur. Od zasady tej Zamawiający nie przewidział wyjątków. Nie dopuszczono możliwości zastosowania równoważnych metod wykonania prac. Choć dokumentacja projektowa zawierała pewne propozycje wykonania przedmiotu zamówienia, to zapisami SIWZ Zamawiający dokonał uszczegółowienia tego opisu, wskazując jaką metodę uznaje za wiążącą.

Skład orzekający Izby, za Odwołującym wskazuje, iż udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiający jasno i precyzyjnie określił, iż przedmiot zamówienia należało wykonać tylko z georur. Owszem, pytanie nawiązywało do możliwości zastosowania big-bagów ale Zamawiający w odpowiedzi nie odniósł się tylko do wymienionej technologii, ale wskazał technologię wiodącą - *„Zamawiający nie wyraża zgody na zastosowanie big-bagów; przy realizacji zadania można stosować tylko georury”.* Tak udzielona odpowiedź wiąże Zamawiającego i Wykonawców, którzy złożyli oferty. Nie jest możliwa zmiana sposobu rozumienia zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, po terminie składania ofert. Wykonawcy, przystępując do złożenia ofert, mieli prawo działać w zaufaniu do wyrażonego przez Zamawiającego stanowiska, które zawarto w opisie przedmiotu zamówienia i wyjaśnieniach (odpowiedziach na pytania) do tego opisu. Zatem zastosowanie technologii o odmiennym charakterze niż opisany w SIWZ powoduje, że oferta Konsorcjum Melbud jest w swej treści niezgodna z zapisami SIWZ i jako taka winna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym
w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

……..