WYROK

z dnia 8 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **8 października 2020 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **7 września 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze, Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (sygn. akt KIO 2239/40)

B.ULMAN D. M., Mikołów (sygn. akt KIO 2240/20)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice" w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji (nr postępowania ZP-KCL0018/20)

prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

A.NOMET S. N., Dąbrowa Górnicza (sygn. akt: KIO 2239/20, KIO 2240/20)

B.ULMAN D. M., Mikołów (sygn. akt KIO 2239/20)

orzeka:

1.Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, a także powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu, w tym odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na niewykazanie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także odrzucenie tego samego powodu oferty AGC Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.

2.Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2239/40 obciąża Zamawiającego

i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł 00 gr

(słownie:dziesięć tysięcy złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowaniaodwoławczego ..... poniesionym ..... przez ..... Odwołującego ..... z .. tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

3.Kosztami postępowania w sprawie sygn. akt KIO 2240/20 obciąża Zamawiającego

i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego ..... poniesionym ..... przez ..... Odwołującego ..... z .. tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane p n. *Likwidacja obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami Zakładu A i Zakładu B byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji* (nr postępowania ZP-KCL0018/20).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 maja 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 542337-N-2020.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce- Leszczynach {dalej w skrócie: „Foxmet” }.

7 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze, Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Foxmetu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Foxmetu jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez Foxmet wyjaśnień potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.
2. Art. 91 ust. 1 - przez dokonanie wyboru oferty Foxmetu jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Foxmetu.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

7 września 2020 r. również ULMAN D. M., Mikołów {dalej: „Odwołujący” lub „Ulman”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Foxmetu oraz zaniechania odrzucenia oferty AGC Bytom sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu {dalej w skrócie: „AGC”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 - przez wybór oferty Foxmetu, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz przez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Foxmetu z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 - przez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty AGC z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny oferty złożonej przez Foxmet.
3. Powtórzenia badania i oceny oferty złożonej przez AGC.
4. Odrzucenia oferty złożonej przez Foxmet.

5.Odrzucenia oferty złożonej przez AGC .

6.Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

{zarzut wspólny obu odwołań dotyczący oferty Foxmetu}

Odwołujący sprecyzowali zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonowali, że w wezwaniu z 14 lipca 2020 r. (pismo nr SRK/NZ/2169/JS/20) Zamawiający wprost wpisał, że: Należy podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów. Wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca jest obowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie, dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze.

Ponadto z odwołań wynika, że w złożonych 17 lipca 2020 r. wyjaśnieniach Foxmet:

-podał, że w oparciu o SIWZ, przedmiar robót oraz wizję w terenie zakłada zysk wynoszący 143.195,13 zł przy kosztach realizacji na poziomie 869.000,00 zł;

-zadeklarował stawkę 23,63 zł za jedną roboczogodzinę pracownika;

-wskazał jako dostępną mu sprzyjającą okoliczność posiadanie na własność całego niezbędnego sprzętu w postaci koparek, samochodów i wysięgników, a tym samym nie ponosi kosztów związanych z ich wynajmem, oraz zatrudnia mechaników i naprawia maszyny we własnym zakresie, co przekłada się na niskie koszty utrzymania maszyn;

-wskazał jako dostępną mu sprzyjającą okoliczność 2 km odległości siedziby spółki od obiektów objętych przedmiotem zamówienia;

-powołał się na oświadczenie Jarub sp. j o nieodpłatnym przejęciu gruzu jako dostępną mu sprzyjającą okoliczność

-załączył ofertę utylizacji odpadów z grupy kodów 17, ofertę inwentaryzacji geodezyjnej mapy oraz fakturę za zakup paliwa.

-nie przedstawił kalkulacji kosztów pracy z uwzględnieniem liczby osób przewidzianych do realizacji zamówienia oraz przewidywanego okresu realizacji zamówienia;

-nie odniósł się do tych czynności, które wg przedmiaru należy wykonać ręcznie;

-brak kosztów zaplecza socjalnego i sanitarnego,

-brak kosztów mobilizacji i transportu zaplecza oraz maszyn i urządzeń,

-brak kosztów zabezpieczenia p-poż,

-brak kosztów zabezpieczenia terenu rozbiórki,

-brak kosztów zapewnienia nadzoru robót ze strony gestorów sieci,

-brak kosztów nadzoru własnego (kierownik budowy oraz osoba pełniąca nadzór bezpośredni przez cały czas trwania rozbiórki),

-brak wykazania kosztów samej rozbiórki (robocizna oraz sprzęt - nawet przy posiadaniu maszyn na własność należy uwzględnić amortyzację sprzętu, koszty płynów eksploatacyjnych, koszty związane ze zużyciem paliwa, uwzględnienie czasu pracy operatorów itp.),

-brak kosztów pracy w zakresie robót wykonywanych ręcznie zgodnie z przedmiarem zamawiającego;

-brak wykazania kosztów zakupu i dostawy materiałów,

-brak kosztów załadunku odpadów,

-brak kosztów transportu odpadów,

-brak kosztów utylizacji odpadów niebezpiecznych (azbest), które znajdują się w hali produkcyjnej przy ul. Katowickiej w postaci płyt falistych na dachu i płyt zalegających w najbliższym otoczeniu tego obiektu;

Odwołujący zarzucił, że oferta Foxmet zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, które obejmuje rozbiórkę aż 36 obiektów o łącznej kubaturze 108551,93 m^3, i wątpliwe jest, aby wykonawca zdołał wykonać przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy. Kwota ta jest nierealna dla tego wykonawcy, który nie przedstawił w swych wyjaśnieniach okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jemu warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom działającym na tym samym rynku.

{zarzut odwołania Ulmana dotyczący oferty AGC}

Odwołujący zrelacjonował, że w odpowiedzi na analogicznie sformułowane (jak w stosunku do Foxmetu)

wezwanie, AGC złożyło 17 lipca 2020 r. wyjaśnienia, w których: -zadeklarowało, że skalkulowało kosztów pracy w oparciu o minimalną stawkę godzinową aktualną na rok 2020, która wynosi 17,00 zł;

-nie przedstawiło żadnych sprzyjających okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, oraz nie deklarowało zastosowania żadnych optymalizacji czasu i kosztów pracy;

-dołączyło wykonany w oparciu o przedmiar robót kosztorys uproszczony, która ukrywa faktycznie przyjętą stawkę za roboczogodzinę.

Według Odwołującego analiza tego kosztorysu wskazuje na szereg braków i nieścisłości.

W poz. nr 5 m wykonawca zakłada wykonanie rozbiórki pokrycia dachowego z papy w ilości 954,21 m^2 za kwotę 343,52 zł netto (0,36 gr za m^2) i powołuje się przy tym na Katalog Nakładów Rzeczowych 404-0509-03.

Przywołany Katalog Nakładów Rzeczowych Zeszyt 404 - Tablica 0509 Rozebranie pokrycia dachowego z papy dotyczy wykonania następującego zakresu robót: *1. Rozebranie pokrycia dachowego, średnio, z 3 warstw papy asfaltowej lub smołowej z deskowania lub powierzchni betonowej. 2. Oczyszczenie deskowania z gwoździ. 3. Usunięcie rozebranego pokrycia papowego na zewnątrz budynku poprzez uprzednio ustawione rynny*.

Przywołany katalog nakładów rzeczowych przewiduje normę nakładu czasu na wykonanie tego typu czynności na poziomie 0,41 roboczogodziny na m^2. Aby zatem wykonać demontaż pokrycia dachowego z papy o powierzchni 954,21 m^2 niezbędne jest poświęcenie 391,22 roboczogodzin pracy. Przyjmując minimalną dopuszczalną przepisami prawa stawkę za roboczogodzinę, wynoszącą w bieżącym roku 17,00 zł, otrzymujemy: 391,22 r-g * 17,00 zł = 6650,84 zł (cena jednostkowa rozbiórki pokrycia z papy wraz z usunięciem odpadu z budynku wynosi w takim przypadku 6,97 zł za m^2).

Poz. nr 4 dotyczy rozbiórki elewacji z blachy nienadającej się do użytku. Odwołujący nadmienił, że ponieważ zgodnie z SIWZ materiał stanowi własność Zamawiającego, nie można go traktować jako materiału pozyskanego, który stanowiłby wartość dla wykonawcy.

AGC przeznacza na rozbiórkę elewacji o powierzchni 4975,21 m^2 398,02 zł netto, proponując tym samym cenę jednostkową wynoszącą 8 gr za m^2.

Norma z Katalogu Nakładów Rzeczowych zakłada poświęcenie 0,09 roboczogodziny na m^2 demontażu elewacji. Przy łącznej powierzchni 4975,21 m^2 należy więc poświęcić 447,7689 roboczogodzin na wykonanie zadania, co przy zakładanej minimalnej stawce godzinowej oznacza, że wykonanie powyższego zakresu prac powinno kosztować nie mniej niż 7612,07 zł netto.

Odwołujący podniósł, że zaniżanie kosztów i liczby roboczogodzin na poszczególne czynności jest wielokrotnie powtórzone w całym kosztorysie AGC, a faktyczna przyjęta wartość stawki za pracę została w ten sposób ukryta i w rzeczywistości i jest niezgodna z przepisami regulującymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołując zarzucił również, że z uwagi na fakt ukrycia w kosztorysie stawki robocizny, kosztów pracy sprzętu, kosztów materiałów, jak również przyjętych nakładów takich jak koszty pośrednie związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa oraz zakładanego zysku, wyjaśnienia AGC nie zawierają wymaganego przez Zamawiającego elementu prawidłowej i szczegółowej kalkulacji.

W odpowiedziach na odwołanie datowanych na 2 października 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań, w szczególności z następujących powodów uznając je za niezasadne.

{ad zarzutu wspólnego odwołań dotyczącego oferty Foxmetu}

Zamawiający zrelacjonował, że w piśmie z 17 września 2020 r. Foxmet odniósł się do wszystkich kwestii objętych wezwaniem, tj. złożył wyjaśnienia w zakresie dotyczącym: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, kosztów pracy, wynikających z przepisów prawa , pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska.

Zamawiający stwierdził, że nie wzywał do przedłożenia kalkulacji, gdyż jej sporządzenie nie było wymagane w tym postępowaniu z uwagi na charakter wykonywanych prac. Zgodnie z wezwaniem z dnia 14 lipca 2020 r. wykonawca miał złożyć wyjaśnienia dotyczące kalkulacji kosztów, tj. wskazać, co wpłynęło na kalkulację kosztów.

Według Zamawiającego ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy wykonania robót dewastacyjnych, nie ma potrzeby sporządzania kalkulacji, a cena jest ustalana na podstawie przedmiaru robót, zgodnie z którym jest oceniany

zakres robót. Roboty te są pracami likwidacyjnymi, polegającymi na wykonywaniu robót za pomocą ciężkiego sprzętu, tj. koparek gąsienicowych, ładowarek, podnośników koszowych. Ponieważ katalogi do kosztorysowania robót budowlanych nie przewidują wyburzeń typu dewastacyjnego, a jedynie ręczne z minimalnym udziałem robót zmechanizowanych, wykonanie szczegółowej w oparciu o nie szczegółowej kalkulacji jest możliwe, gdyż nie przedstawiałoby rzeczywistej wysokości kosztów robót.

W ocenie Zamawiającego dzięki posiadaniu przez Foxmet:

-własnego szeroko rozwiniętego parku maszyn możliwe jest wykonanie robót za cenę z oferty, a Odwołujący nie przedłożyli dowodów przeciwnych;

-floty aut samowyładowczych oraz przystosowanych do przewozu odpadów powstałych w trakcie prac rozbiórkowych, a także zestawu samozaładowczego HDS i niskopodwoziowego, nie ma potrzeby wynajmowania zewnętrznej firmy do transportu materiałów budowlanych, gruzu i innych odpadów, a także transportu maszyn do miejsca wykonywania robót, a koszty tych czynności pozostają na niskim poziomie;

-całego sprzętu na własność nie ponosi on dodatkowych kosztów związanych ze spłatą leasingów czy kredytów na zakup maszyn lub samochodów albo kosztów najmu maszyn, a jedynie koszty bieżącej konserwacji, które nie są stałe

-posiadaniu własnych maszyn, hali, zatrudnianiu wykwalifikowanych pracowników dochodzi do znacznego obniżenia ceny zamówienia, gdyż w przypadku jakiekolwiek awarii wykonawca jest w stanie usunąć usterkę niezwłocznie, nie ma potrzeby zlecania napraw firmie zewnętrznej, oczekiwania na naprawę, a co się z tym wiąże nie ma przestoju, który generuje wysokie koszty;

-maszyny do zakuwania węży może znacznie ograniczyć koszty związane z usuwaniem skutków wystąpienia jednej z głównych awarii występujących podczas prac sprzętu wyburzeniowego, jaką jest uszkodzenie pracującego pod bardzo wysokim ciśnieniem węża, najczęściej w miejscu połączenia części giętkiej z częścią stalową;

-własnego sprzętu ma koszty na niskim poziomie, gdyż są to koszty własne przedsiębiorstwa, wliczone w cenę użytkowania poszczególnych sprzętów;

-sprzętu niskopodwoziowego do transportu maszyn, ma możliwość znacznego ograniczenia kosztów z tytułu wykonania transportu sprzętu, który jest przy tego typu robotach jednorazowo transportowany do miejsca wykonywania robót;

-oferty Jarub sp. j. na pozyskany z rozbiórki gruz znacznie obniży koszty jego utylizacji, gdyż wykonawca poniesie tylko koszty związane z je Foxmet Sp. z o.o. poniesie koszty związane zatem jedynie z transportem tego odpadu;

Z odpowiedzi na odwołanie wynika ponadto, że dla Zamawiającego wystarczające jest, że wskazana w wyjaśnieniach przez Foxmet stawka godzinowa wynagrodzenia jest wyższa niż ta wynikająca z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto według Zamawiającego liczba zatrudnionych osób wynika z wykazu osób złożonego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego złożone na jego wezwanie wyjaśnienia, zawierające zarówno informacje co do oszczędnoś

metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych,

kosztów ..... pracy ..... oraz przewidywanego zysku nie potwierdzają,

że zaproponowana przez Foxmet cena jest rażąco niska.

{ad zarzutu dotyczącego oferty AGC}

Zdaniem Zamawiającego ponieważ AGC przedłożyło kosztorys uproszczony, czyli zawierający ceny jednostkowe, w których zostały uwzględnione koszty robocizny, sprzętu, materiału, zastosowana stawka nie jest zatem ukryta.

Według Zamawiającego wyliczenia zawarte w odwołaniu odnoszą się do rozbiórki sposobem ręcznym. Ponieważ przy rozbiórkach typu dewastacyjnego używany jest sprzęt ciężki, a stawki zastosowane przez AGC są rynkowe, typowe w tego typu przypadkach. W szczególności nie jest potrzebne do wykonania tego zadania rozebranie pokrycia dachowego z elewacji, w tym sortowanie blachy i usunięcie, usuwanie gwoździ, oczyszczanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba nie uznała za zasadny wniosku Zamawiającego o odrzucenie drugiego odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego oferty AGC na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp, czyli jako dotyczącego czynności innej niż określone w art. 180 ust. 2 pzp.

Izba zważyła, że Sąd Najwyższy w uchwale z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 (opubl. OSNC 2018/7-8/75) orzekł, co następuje: Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie w ramach uzasadnienia Sąd Najwyższy wskazał w szczególności, że: W rozdziale 4 działu drugiego p.z.p. - „Wybór najkorzystniejszej oferty" unormowane zostały zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym środki mające umożliwić zamawiającemu ocenę, czy przesłanki te zachodzą, oraz przesłanki dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle SIWZ. Na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia składają się więc kolejno czynności mające na celu ustalenie w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert, czy nie powinna podlegać odrzuceniu, a następnie ocena ofert, które nie zostały odrzucone przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ.

Co prawda powyższa uchwała została podjęta w odpowiedzi na pytanie prawne zmierzające do ustalenia, czy w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy pzp mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę, lub zaniechaniu odrzucenia oferty przez zamawiającego, która powinna podlegać odrzuceniu, jednak udzielona przez Sąd Najwyższy odpowiedź, zwłaszcza w kontekście przywołanego również powyżej fragmentu uzasadnienia, wskazuje, że wykonawca wnoszący odwołanie od dokonanego przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty może i powinien skarżyć wszystkie możliwe czynności cząstkowe, które składają się na rozstrzygnięcie postępowania. W przypadku wykonawcy sklasyfikowanego na dalszym miejscu w rankingu ofert niż 2. (a Odwołujący Ulman został sklasyfikowany na 3. miejscu) do tych czynności (zaniechań) zalicza się również zaniechanie odrzucenia ofert sklasyfikowanych wyżej niż wnoszący odwołanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawy obie sprawy do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko (w imieniu Przystępującego Nometu nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego Ulmana, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Foxmetu, uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia Odwołującym, na co każdy z nich mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Należy wziąć bowiem pod uwagę, że skoro Zamawiający zdecydował się na zastosowanie tzw. procedury odwróconej (uregulowanej w art. 24 aa pzp), wyłącznie Foxmet, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, został zbadany pod względem niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w tym postępowaniu. Zatem w razie unieważnienia tego wyboru, każdy kolejny wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, będzie wzywany do złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału i niepodlegania wykluczeniu. Tym samym pojawią się nowe okoliczności, które będą mogły stać się podstawą faktyczną i prawną odwołań od wyboru kolejnej oferty jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniami i odpowiedzią na odwołania okoliczności dotyczące treści wyjaśnień złożonych przez Foxmet i AGC wymagają jedynie następującego uzupełnienia i podsumowania.

Jak wynika z treści pism z 14 lipca 2020 r., Zamawiający skierował w trybie art. 90 ust. 1 pzp wezwania, gdyż ceny tych ofert (na poziomie niespełna 1,25 mln zł) wzbudziły jego uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania

przedmiotu tego zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami, w tym były one znacząco niższe niż o 30% zarówno od wartości średniej cen wszystkich 15 ofert po przeprowadzeniu aukcji (wynoszącej 5.790.024, 65 zł), jak i od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia (wynoszącej 12.903.148,47 zł).

W treści wezwania Zamawiający nie ograniczył się do powielenia treści art. 90 ust. 1 pzp (wskazującego przykładowy katalog tzw. czynników wpływających na możliwość obniżenia ceny oferty) i art. 90 ust. 2 pzp (nakładającego na wykonawcę ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny), ale podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać - jak to określono - „element kalkulacyjny" (w tym „rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów"), co trudno inaczej odczytać, jak domaganie się przedstawienia kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem ewentualnego wpływu korzystnych czynników dostępnych wykonawcy. Przy czym Zamawiającego szczególnie interesowały koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu tego zamówienia, stąd podkreślił, że oczekuje uzasadnienia skalkulowania ich w takim wymiarze.

Wyjaśnienia złożone przez Foxmet w ogóle nie zawierają elementów kalkulacji, która obrazowałaby, w jaki sposób została wyliczona cena oferty z uwzględnieniem kosztów niezbędnych do wykonania tego zamówienia, gdyż wyłącznie w odniesieniu do kosztów pracy wskazano tylko założoną stawkę godzinową, ale już bez określenia liczby osób, których ma ona dotyczyć, czyli połowicznie punkt wyjścia do wyliczeń kosztów pracy, a następnie od razu wynik, czyli łączną kwotę wszystkich kosztów realizacji zamówienia, bez choćby wyodrębnienia ich rodzajów.

Do wyjaśnień załączono jeszcze fakturę na zakup paliwa oraz oświadczenie innego przedsiębiorcy o nieodpłatnym przyjęciu gruzu betonowego lub ceglanego z prac rozbiórkowych realizowanych przez Foxmet, bez jakichkolwiek informacji, jakie zużycie paliwa zostało przyjęte przy kalkulacji ceny oferty oraz w jakiej wysokości oszczędności wynikły z możliwości nieodpłatnego zagospodarowania gruzu.

Poza tym wyjaśnienia sprowadzają się do ogólnikowych informacji o posiadanych na własność zasobach sprzętowych i zapewnień, że jest to korzystniejsze pod względem kosztów niż wynajem sprzętu potrzebnego do realizacji tego zamówienia, ale w tym przypadku nie podano nawet, jaki założono koszt użycia posiadanych zasobów sprzętowych.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować odpowiedź na odwołanie, Foxmet nie powołał się, a tym bardziej nie podał żadnych konkretnych danych, co do tego, jak rozkładają się koszty stałe i zmienne jego przedsiębiorstwa w kontekście realizacji tego zamówienia.

Z kolei wyjaśnienia AGC , choć zawierają kalkulację, jest ona w wersji uproszczonej, która faktycznie uniemożliwia stwierdzenie, czy zadeklarowana przez wykonawcę minimalna według obowiązujących przepisów stawka minimalna została dochowana, gdyż wycenił jedynie udostępniony w ramach s.i.w.z. przedmiar robót, co może prowadzić do wniosków takich, jakie wskazano w odwołaniu, czyli że faktycznie przyjęte koszty robocizny są wielokrotnie niższe niż wg tej stawki.

W przeciwnym razie, tzn. respektując stawkę zadeklarowaną przez wykonawcę, należy dojść do wniosku, że wykonawca zaniechał przedstawienia założonych przez siebie, odmiennych niż wynikające z podanych w przedmiarze numerów KNR, nakładów robocizny, materiałów i sprzętu, które obrazowałby, w jaki sposób skalkulował cenę oferty.

Izba wzięła również pod uwagę, że wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego na potrzeby tych spraw odwoławczych, w sprawie o sygn. akt KIO 2322/20, zakończonej wyrokiem z 2 października 2020 r., która dotyczyła innego postępowania prowadzonego przez niego na analogiczny przedmiot zamówienia, przy analogicznej treści wezwania, nie budziło jego wątpliwości, że wyjaśnienia muszą obejmować sposób skalkulowania ceny oferty (a przedstawienie takiej kalkulacji przez wykonawcę w tamtej sprawie umożliwiło Zamawiającemu wykazanie niezasadności zarzutu odwołania, że wyjaśnienia były niewystarczające).

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach żadnych (Foxmet) lub wystarczających (AGC) informacji, które pozwoliłyby na ich pozytywne zweryfikowanie, czy ceny tych ofert zostały prawidłowo skalkulowane, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny, która przecież wzbudziła wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań sa zasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domagają się odrzucenia oferty Foxmetu (a Odwołujący Ulman dodatkowo oferty AGC) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, gdyż Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 3 przez Foxmet i AGC wyjaśnienia jako potwierdzające, że złożone przez tych

wykonawców oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 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.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty

przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że ceny ofert Foxmetu i AGC odbiegały znacząco zarówno od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością i ubruttowionej wartości zamówienia, jak i od średniej cen wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%, a jednocześnie Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Foxmet i AGC nakładało obowiązek wykazania, że oferta po aukcji nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust.
1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiste jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w

kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Foxmet i AGC obciążone zostały ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego, bez stwarzania Foxmetowi czy AGC kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

{rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 pzp z odwołania Konsorcjum}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on o tyle zasadny, o ile potwierdził się zarzut zasadniczy, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczone wpisy od odwołań oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego Ulmana (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono stosownie do jej wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając nimi Zamawiającego.