

WYROK
z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T.P. w Warszawie, BICO Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja Głównych Punktów zasilania GPZ 1 i GPZ 2 wraz ze stacjami 6/0,4 [kV/kV] oraz wymianą i ułożeniem nowych kabli zasilających w Stacji Uzdatniania Wody Wieliszew”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 marca 2020 r. r, pod nr 2020/S 062-149528.

6 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BICO Group T.P. w Warszawie, BICO Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum B” lub „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez nich oferty.

17 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie Konsorcjum B, w którym zaskarżono:

1. czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
2. zaniechanie podania wystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty;
3. zaniechanie zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia kolejnych wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budziły wątpliwości Zamawiającego;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualne wezwanie Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdyby pierwotnie złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny budziły wątpliwości Zamawiającego;
3. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środka ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 06.08.2020 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający przedstawił stan faktyczny związany z wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego. Zamawiający wskazał też szereg informacji, które stanowią powielenie przepisów Pzp, bądź okoliczności wynikających z orzecznictwa KIO.

Z wywodami Zamawiającego zaprezentowanymi w ww. piśmie nie można się zgodzić z szeregu względów. Ich zasadniczą wadą jest jednak brak konkretnych informacji do których Odwołujący mógłby się odnieść i które uzasadniałyby decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Przede wszystkim nie wiadomo na jakiej konkretnie podstawie Zamawiający stwierdził, że „wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę nie potwierdzają; że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” (str. 2 pisma Zamawiającego) oraz że „Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp i wystosowane przez Zamawiającego wezwanie o wyjaśnienia w trybie powyższego artykułu należy stwierdzić, że ww. Wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi uznać, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” (str. 3 pisma Zamawiającego). Taka zdawkowość uzasadnienia powoduje, że Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować twierdzeń Zamawiającego, a tym samym zweryfikować zasadności odrzucenia oferty.

Przypomnieć należy, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiego odrzucenia. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw odrzucenia oferty. Nie ma wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego powyższych wymagań nie spełnia, zmusza natomiast Odwołującego do zgadywania dlaczego cena oferty Odwołującego rzekomo miałyby nie gwarantować należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, że Zamawiający nie kwestionuje merytorycznie żadnej z pozycji kosztowych, tj. nie twierdzi, że przedstawione przez Odwołującego w tabeli kosztowej/Kalkulacji (załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) stawki, ilości, bądź koszty są błędne czy rażąco niskie i że Odwołujący nie jest w stanie za podane w kalkulacji kwoty wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Już tylko zatem z tych względów, w ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego jest wadliwe i niezgodne z powołanymi w odwołaniu przepisami Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego; zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia kolejnych wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budziły wątpliwości Zamawiającego.

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1-2 Pzp wynika, że odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzi, że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostaf obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie.

Przepisy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie KIO pod tym pojęciem rozumie się cenę 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 będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez 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, etc.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były ani zdawkowe, ani ogólne, ani też o uniwersalnej naturze, ale dedykowane wyłącznie do Postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi niematerialne, zatem kalkulacja takiej oferty opiera się na doświadczeniu wykonawcy, więc dowodami w zasadzie są wyłącznie oświadczenia własne wykonawcy. Niezależnie więc jak bardzo będą one krasomówcze, zawsze będą to oświadczenia własne wykonawcy. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były w jego przekonaniu rzetelne, nakreślały rzeczywistą sytuację rynkową i możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przeciwnie, Zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 19.05.2020 r. wprowadził obowiązek złożenia przez wykonawcę Kalkulacji/tabeli kosztowej, narzucając jednocześnie treść tej tabeli. Innymi słowy, Zamawiający określił wprost jakiego dowodu oczekuje od wykonawcy i podania jakich składników cenotwórczych, kosztów i innych danych żąda.

Odwołujący uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przedstawił nie tylko dowód w postaci Kalkulacji (tabela kosztowa wg wzoru Zamawiającego), ale także Szczegółową Kalkulację Kontraktu (oba dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy). Jak już wyżej wskazywano, Zamawiający nie zakwestionował któregośkolwiek z elementów i kosztów ujętych w przedłożonych dwóch dowodach Odwołującego, co czyni decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego bezpodstawną i niezrozumiałą.

Odwołujący podkreślił, że nie istnieje jeden optymalny i powiny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, przedmiotu zamówienia, jak również treścią wezwania Zamawiającego.

Analizując uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego należy dojść do wniosku, że działania Zamawiającego były automatyczne i wyłącznie formalne. Tymczasem istotą procedury wyjaśnienia ceny jest przeprowadzenie pełnego procesu weryfikacji oświadczeń wykonawcy, w celu uzyskania ponad wszelką wątpliwość wiedzy, czy cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia czy też przeciwnie, tj. że cena nie jest ceną nierealną, niewiarygodną lub niezapewniającą prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty wymaga więc wcześniejszego gruntownego przeprowadzenia postępowania

wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, zaś ustawa nie limituje tu aktywności instytucji zamawiającej. W przeciwnym razie, Zamawiający mógłby odrzucić ofertę prawidłową i poważną, naruszając zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, co też nastąpiło w tej sprawie.

Zdaniem Odwołującego istotne jest nie tyle wskazywanie na określone okoliczności stanowiące korzystne warunki realizacji zamówienia, umożliwiający obniżenie ceny oferty, lecz wykazanie, że cena jego oferty pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni mu osiągnięcie chociażby minimalnego zysku. Zatem, zdaniem Odwołującego, wykazał on, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Nie sposób nie dostrzec, że wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie wynikało z wątpliwości Zamawiającego, ale miało charakter czysto formalny, czego najlepszym dowodem jest powołanie się na art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Odwołujący podkreślił przy tym, że same różnice pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a zaoferowanymi cenami i między zaoferowanymi cenami między sobą nie uzasadniają wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

Należy także w sposób szczególnie dostrzec, że z przepisów Pzp nie wynika ograniczenie liczby wezwań, które zamawiający może kierować do wykonawcy. Zarówno na gruncie przepisów Pzp, ale co wyraźniejsze, na gruncie przepisu art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty mają charakter konsultacji prowadzonych pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Zamawiający jest zobowiązany do kierowania do wykonawcy dodatkowych wezwań (konsultowania sposobu kalkulacji ceny). Tym samym zamawiający jest nie tylko uprawniony, lecz wręcz zobowiązany, do kierowania do wykonawcy wielokrotnych wezwań, aż jego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za określoną cenę zostaną usunięte lub potwierdzone. Innymi słowy, jeżeli w wyniku przedstawionych wyjaśnień u Zamawiającego nadal istniały jakiegokolwiek wątpliwości co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny to Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do dalszych wyjaśnień.

Postępowanie z art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzenie zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiązać, wykonawca musi wiedzieć które to elementy wzbudziły zastrzeżenia i w jakim kierunku mają zmierzać jego wyjaśnienia.

Zamawiający pominął także ryczałtowy charakter wynagrodzenia z umowy (§ 3 ust. 2 wzoru umowy), który powoduje, że zakres składanych wyjaśnień zawsze jest indywidualnie identyfikowany. Dlatego też konieczność uszczegółowienia takich wyjaśnień nie może być odczytywana jak naruszenie obowiązujących przepisów, które nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może działać autorytarnie i automatycznie, gdy powinien przeprowadzić proces konsultacji z wykonawcą, co oznacza iż wykonawca może uszczegółowiać swoje wyjaśnienia i może czynić to kilkakrotnie, o ile zajdzie taka potrzeba. Tylko w pełni przeprowadzony proces negocjacji daje Zamawiającemu podstawę do prawidłowej i wszechstronnej oceny oferty.

Choć przepisy Pzp nakazują badać cenę ofertową przez jej odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia, to należy zwrócić uwagę, że oszacowanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia nie może być oderwane od realiów rynkowych oraz przedmiotu zamówienia. Nie budzi wątpliwości fakt, że szacunkowa cena zamówienia stanowi wyraz uśrednionych oczekiwań zamawiającego co do wycen wykonawców i nie musi odnosić się do działających w warunkach konkurencji szacunków dokonanych przez wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził również, że nie jest podmiotem działającym *non-profit*, a jego działania są nakierowane na maksymalizację zysku z prowadzonej działalności i osiągnięcie określonego wyniku finansowego, przy jednoczesnym przedstawieniu możliwie konkurencyjnych ofert. Wartość jego oferty została obliczona z dołożeniem należytej staranności, w oparciu o możliwości Odwołującego, w tym m.in., dostępne warunki realizacji zamówienia, posiadanie zaplecza technicznego i wykwalifikowanej kadry, a także w oparciu o doświadczenie w realizacji usług o podobnym charakterze.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania przytaczając argumentację z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy (dalej „Wykonawca S” lub „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie procesowym z 4 września 2020 r. Wykonawca S przedstawił następującą argumentację.

W ocenie Przystępującego decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa. Wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego były lakoniczne, ogólnikowe i co najważniejsze – nie zostały poparte stosownymi dowodami. Odwołujący zobowiązany był do udowodnienia, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 Pzp, a zatem oferta tego wykonawcy słusznie została odrzucona.

W treści wezwania z dnia 19 maja 2020 r. Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień, w tym dowodów. Złożone w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie wyjaśnienia powinny być poparte dowodami, których Odwołujący nie załączył. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzez te wyjaśnienia stosownymi dowodami.

Odwołujący wskazał w treści odwołania, że „przedmiotem zamówienia są usługi niematerialne, zatem kalkulacja takiej oferty opiera się na doświadczeniu wykonawcy, więc dowodami w zasadzie są wyłącznie oświadczenia własne.

Niezależnie więc jak bardzo będą krasomówcze, zawsze będą to oświadczenia własne wykonawcy”.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Zamawiający wskazał, że w kalkulacji Odwołujący uwzględnił „szacunkowe koszty wynagrodzenia Specjalistów, wynajmu biura Inżyniera Kontraktu, środków transportu, a także koszty ubezpieczeń, marżę oraz wysokość naliczonego upustu”. Oczywiście jest, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby załączyć dowody potwierdzające wskazane koszty, np. oferty dot. wynajmu biura, ogłoszenia z rynku pracy potwierdzające przyjęte stawki Specjalistów. Odwołujący zaniechał zaś poparcia twierdzeń jakimikolwiek dowodami.

Z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r. wynika, że załączone przez Odwołującego do wyjaśnień ceny kalkulacji (które nie zostały udostępnione Wykonawcy S) obrazują jedynie wysokość kosztów przyjętych do kalkulacji ceny oferty, nie potwierdzają zaś realności wskazanych stawek. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji pozwalających na zbadanie zaferowanej przez niego ceny i odniesienie ponoszonych kosztów do wartości rynkowych. Do wyjaśnień nie załączono żadnego dowodu na poparcie podanych w ich treści informacji. W związku z powyższym, Zamawiający słusznie uznał, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 Pzp, a zatem oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W odwołaniu wskazano, że „Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przeciwnie, Zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 19.05.2020 r., wprowadził obowiązek złożenia przez wykonawcę Kalkulacji/tabeli kosztów, narzucając jednocześnie treść tej tabeli. Innymi słowy, Zamawiający określił wprost jakiego dowodu oczekuje od wykonawcy i podania jakich składników cenotwórczych kosztów i innych danych żąda”.

Również z powyższym nie sposób się zgodzić. Z wezwania z dnia 19.05.2020 r. nie wynika, że Kalkulacja kosztów jest dowodem, o jakim wspomina Zamawiający. Kalkulacja/tabela kosztowa była wymaganym przez Zamawiającego elementem wyjaśnień, zaś dowody były wymagane niezależnie od niej. Wynika to chociażby ze sposobu ukształtowania wezwania, w którym wskazano:

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej:

- a. Sporządzenie kalkulacji/tabeli kosztowej, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma,
- b. Wskazanie przyjętych założeń sporządzenia wyceny oferty,
- c. Wyjaśnienia powinny zawierać wykaz załączanych dowodów”.

Wobec tego Zamawiający wyraźnie oddzielił wymaganą kalkulację od dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Kalkulacja stanowi jedynie zestawienia kosztów, a nie potwierdzenie wskazanych wartości.

Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniami Odwołującego, jakoby „Zamawiający określił wprost [...] podania jakich składników cenotwórczych! kosztów i innych danych żąda”. W treści kalkulacji, której wzór stanowił załącznik nr 1 do wezwania z dnia 19.05.2020 r. znajduje się pozycja nr 4 „inne koszty nieujęte w niniejszym zestawieniu”. Wynika z tego, że Zamawiający nie żądał wskazania jedynie konkretnych, wymienionych kosztów, a wszelkich kosztów składających się na cenę oferty. Wymienione pozycje nie stanowiły katalogu zamkniętego, Zamawiający wskazał jedynie najistotniejsze czynniki cenotwórcze, umożliwił Wykonawcy wskazanie dodatkowych, nieujętych w niej pozycji.

Odwołujący odwołał się również do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wskazując, że powoduje to, że „[...] zakres składanych wyjaśnień zawsze jest indywidualnie identyfikowalny. Dlatego też konieczność uszczegółowienia takich wyjaśnień nie może być odczytywana jak naruszenie obowiązujących przepisów, które nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Odwołujący wydaje się zapominać, że przyczyną odrzucenia jego oferty był brak złożenia dowodów potwierdzających realność zaferowanej ceny. O ile zakres wyjaśnień w przypadku ceny ryczałtowej faktycznie może być różny, o tyle w każdym przypadku obligatoryjnie należy złożyć dowody potwierdzające wskazane koszty. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wyraźnie stanowi, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów.

Nie sposób również podzielić poglądu Odwołującego, który twierdzi, że „[...] postępowanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże, aby te wątpliwości rozwiać wykonawca musi wiedzieć, które to elementy wzbudziły zastrzeżenia w jakim kierunku mają zmierzać jego wyjaśnienia”.

Odwołujący zdaje się zupełnie odbiegać od istoty sprawy. Przepis art. 90 ust. 1a Pzp rodzi domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi o obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty i złożenia dowodów. Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie dowodów na potwierdzenie co najmniej najistotniejszych kosztów. Zamawiający nie ma obowiązku wskazywania co do których kosztów żąda przedstawienia dowodów. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami potwierdzającymi realność wyliczeń w zakresie najistotniejszych z nich. Wykonawca ograniczył się do złożenia lakonicznego pisma i wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji, nie wskazał jednak na jakiej podstawie i w jaki sposób zostały określone poszczególne koszty. Nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby poziom wskazanych kosztów.

Zdaniem Przystępującego ogólnikowość złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Wykonawca S zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, jakoby Zamawiający był „[...] zobowiązany do kierowania do wykonawcy wielokrotnych wezwań, aż jego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za określoną ceną zostaną usunięte lub potwierdzone”.

W zakresie zarzutu dot. art. 7 ust. i w zw. z art. 92 ust. pkt 3 Pzp należy wskazać, że w przedmiotowym stanie faktycznym decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była lakoniczna. Zamawiający wskazał wyczerpujące uzasadnienie przyczyn odrzucenia oferty – brak przedstawienia dowodów na potwierdzenie

kosztów wymienionych w Kalkulacji i tabeli kosztów, a co za tym idzie brak potwierdzenia, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, Odwołujący nie potwierdził kosztów, składających się na cenę oferty, ani obiektywnych okoliczności pozwalających obniżyć cenę oferty do takiego poziomu. Wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego opierają się na głoślowych twierdzeniach. Istotne jest,

że w przypadku rażąco niskiej ceny ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i już garno różnica pomiędzy wartością zamówienia/średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert, a ceną oferty wykonawcy przekraczająca 30% wprowadza domniemanie rażąco niskiej ceny, którego obalenie należy do wykonawcy. Samo przedstawienie zestawienia kosztów w jakikolwiek sposób nie potwierdza, że zaofiarowana cena ma charakter realny i że wykonawca będzie w stanie wykonać za tę cenę przedmiot zamówienia bez ponoszenia strat.

W piśmie procesowym z 7 września 2020 r. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację w sprawie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, stwierdzić należy co następuje.

Jak wskazano w odwołaniu, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie wynikało z wątpliwości Zamawiającego, ale miało charakter czysto formalny, czego najlepszym dowodem jest powołanie się przez Zamawiającego w wezwaniu na art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp i wskazanie, że wartość niniejszego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 1.816.804,50 zł (bez VAT) / 2.234.669,54 zł (z VAT). Należy zatem zauważyć, że ceny wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu są istotnie niższe od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Co więcej, nawet cena najdroższej oferty, złożonej przez Przystępującego jest dużo poniżej szacunkowej wartości zamówienia, gdyż wynosi 1.584.258,45 zł. Z porównania cen złożonych ofert i wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego wynika, że wartość przedmiotu zamówienia została wyliczona przez Zamawiającego zapewne przy założeniu znacznego buforu bezpieczeństwa, bowiem nie oddaje ona rzeczywistych realiów rynku oraz cen usług objętych przedmiotem zamówienia, stosowanych aktualnie.

Odwołujący podkreślił, że wartość szacunkowa ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Wartość ta ma znaczenie przede wszystkim z uwagi na ustalenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. ustalenie, czy jest to postępowanie poniżej czy powyżej tzw. progów unijnych.

O rynkowości i realności ceny oferty Odwołującego świadczy już tylko jej porównanie do pozostałych cen ofert złożonych w postępowaniu. Oferta Odwołującego jest niższa zaledwie o ok. 12,6% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, co nie uzasadnia wezwania do złożenia wyjaśnień, biorąc pod uwagę drugą z przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, odnoszącą się właśnie do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ponadto, różnice pomiędzy ceną oferty Odwołującego a cenami dwóch pozostałych ofert są – po pierwsze – minimalne, a po drugie są naturalnym efektem konkurencji na rynku i konsekwencją indywidualnych możliwości poszczególnych wykonawców w zakresie optymalizacji kosztowej wykonania określonych dostaw i usług w określonym czasie.

Odwołujący stwierdził następnie, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego wskazania zakresu wyjaśnień wymaganych od wykonawcy w trybie art. 90 Pzp. Tym niemniej należy zauważyć, że na ogólne wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie zareagował ogólnymi i uniwersalnymi wyjaśnieniami. Szczególnego podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były stosunkowo obszerne i rzetelnie skalkulowane.

Z podanego przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że jedynym powodem, dla którego Zamawiający uznał, jakoby Odwołujący w ogóle nie złożył wyjaśnień ceny, był rzekomy brak załączenia do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający w wezwaniu dnia 19.05.2020 r. wprowadził obowiązek złożenia przez wykonawcę Kalkulacji/tabeli kosztowej, narzucając jednocześnie treść tej tabeli. Innymi słowy, Zamawiający określił wprost jakiego dowodu oczekuje od wykonawcy i podania jakich składników cenotwórczych, kosztów i innych danych żąda. Odwołujący uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przedstawił nie tylko dowód w postaci Kalkulacji (tabela kosztowa wg wzoru Zamawiającego), ale także Szczegółową Kalkulację Kontraktu (drugi z dokumentów został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy) oraz pozwolenie na użytkowanie zamierzenia inwestycyjnego (drogi wojewódzkiej nr 588 /obwodnicy miejscowości Gąbin/ na terenie gminy Gąbin) – Decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dn. 13.03.2020 r. Nie sposób zrozumieć dlaczego Zamawiający ww. Kalkulacji/tabeli kosztowej, Szczegółowej Kalkulacji Kontraktu oraz pozwolenia na użytkowanie nie chce uznać za dowody. Kwestia ta nie została w żaden sposób wyjaśniona, ani uargumentowana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje w sposób bardzo ogólny na brak załączenia dowodów, jednak w jakikolwiek sposób nie argumentuje jakich konkretnie dowodów, zdaniem Zamawiającego, rzekomo zabrakło w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Jeżeli Zamawiający oczekiwał złożenia przez wykonawcę konkretnych dowodów (jak to miało miejsce przypadku dowodu w postaci Kalkulacji/tabeli kosztowej), winien wyspecyfikować je w wezwaniu z dnia 19.05.2020 r., czego jednak nie uczynił.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że z obowiązujących przepisów nie wynika obowiązek składania dowodów popierających wyjaśnienia oraz że sam fakt niezłożenia dowodów nie może automatycznie dyskwalifikować wyjaśnień.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podniósł również, że: „koszty osobowe świadczenia usługi są głównym składnikiem cenotwórczym”. Odnosząc się do powyższego przede wszystkim raz jeszcze wskazać trzeba, że Zamawiający nie kwestionuje merytorycznie żadnej z pozycji kosztowych, tj. nie twierdzi, że przedstawione przez Odwołującego w Kalkulacji/tabeli kosztowej i Szczegółowej Kalkulacji Kontraktu stawki, ilości bądź koszty są błędne czy rażąco niskie i że Odwołujący nie jest w stanie za podane w kalkulacji kwoty wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazuje i podkreśla, że w Kalkulacji/tabeli kosztowej i Szczegółowej Kalkulacji Kontraktu zamieścił szczegółowe i wyczerpujące informacje co do kosztów osobowych świadczenia usługi. Przyjęte przez Odwołującego koszty pracy nie tylko nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę / minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale są wyższe, od przeliczonego wynagrodzenia jakie otrzymują osoby zatrudnione

na stanowiskach ekspertów wskazanych w wyjaśnieniach oraz jako personel biurowy. Zatem realność przyjętych przez Odwołującego kosztów osobowych świadczenia usługi nie powinna budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego, zresztą Zamawiający żadnych wątpliwości w tym zakresie nie sformułował. Skoro zatem Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach ceny nie powołał się na wartości zaniżone ani z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu, lecz wskazał na stawki rynkowe, to nie miał obowiązku przedstawiać dowodów na okoliczność kosztów pracy, tym bardziej, że w świetle uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego koszty te nie wzbudziły u Zamawiającego żadnych wątpliwości ani podejrzeń. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nawet nie sugeruje, że koszty te zostały przez Odwołującego zaniżone.

Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez niego cena ryczałtowa jest ceną realną, rynkową i w zupełności wystarczy, aby pokryć koszty świadczenia wszystkich usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Nie sposób też nie zauważyć, że uznając wyjaśnienia ceny Odwołującego za niezłożone Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ani nawet argumentów świadczących o nierealnie niskim poziomie zaoferowanej ceny.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje różnego rodzaju usługi. Usługi stanowią przedmiot o charakterze niematerialnym, co utrudnia wykazanie realności ich wyceny bez względu na zachowanie przez Odwołującego najwyższego stopnia staranności przy dokonywaniu wyceny. Odwołujący, opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu, dokonał realnego oszacowania nakładów niezbędnych w celu należytego wykonania przedmiotowego zamówienia jak również uwzględnił koszty pracy osób, które będą zaangażowane w realizację przedmiotowego zamówienia, i podał je Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach ceny.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego wynika z niezrozumienia przez Zamawiającego instytucji wezwania do wyjaśnień ceny, jest nadto przejawem nadmiernego formalizmu i nie uwzględnia tak dorobku polskiego orzecznictwa, jak i brzmienia dyrektyw oraz orzecznictwa europejskiego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia kolejnych wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budziły wątpliwości Zamawiającego, stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący podał, że z przepisów Pzp nie wynika ograniczenie liczny wezwań do wyjaśnień ceny, które zamawiający może kierować do wykonawcy. Zarówno na gruncie przepisów Pzp, jak i z art. 69 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty nie muszą się ograniczać do jedнокrotnego wezwania, ale zamawiający ma prawo zadawać dodatkowe pytania w celu rozwiania swoich wątpliwości, a wykonawca ma prawo przedstawiać wyjaśnienia oraz dowody przez cały proces konsultacji. Na powyższe wyraźnie wskazuje drugie zdanie ww. przepisu dyrektywy, z którego wynika, że zamawiający może odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów. Oznacza to, że zamawiający ocenia wszystkie wyjaśnienia i dowody złożone w toku konsultacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny i dopiero gdy uzna, że nie uzasadniają one poziomu ceny, może odrzucić ofertę.

Jeżeli zatem w wyniku przedstawionych wyjaśnień u Zamawiającego nadal będą istniały jakiegokolwiek wątpliwości co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny, to Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Wykonawcy S, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 19 maja 2020 r., wyjaśnień Odwołującego z 26 maja 2020 r. i informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 6 sierpnia 2020 r. stwierdzając, że stan faktyczny nie jest w sprawie sporny.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z przepisu art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Ustawodawca nie rozstrzygnął wprost jak należy rozumieć wspomniany obowiązek wykazania, niemniej jednak – posiłkując się treścią przepisu art. 90 ust. 1 Pzp – należy wnioskować o konieczności poparcia wykazywanych okoliczności stosownymi dowodami. Skład orzekający podziela przy tym wyrażane niejednokrotnie w orzecznictwie KIO zapatrywania, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp nie ma obowiązku przedstawiania dowodów na potwierdzenie każdej przywołanej w wyjaśnieniach okoliczności. Powyższe zasadniczo dotyczyć będzie sytuacji, w których wykonawca powołuje się na okoliczności powszechnie znane (np. ceny paliw, płaca minimalna, itp.), bądź ceny (koszty), które nie odbiegają od standardów w danym sektorze rynku. Nie wyłącza to jednak obowiązku scharakteryzowania przytoczanych okoliczności, aby zamawiający – badając cenę oferty wezwanego wykonawcy – był w stanie ocenić, czy w ich zakresie wystarczające jest samo oświadczenie wykonawcy. Wynika z tego, że oświadczenia wykonawcy również należy rozpatrywać (oceniać) w kontekście spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W przedmiotowej sprawie jedną ze spornych kwestii był charakter załączonej do wyjaśnień Odwołującego kalkulacji, sporządzonej według wzoru przesłanego przez Zamawiającego. Kierując się przedstawionymi powyżej zapatrywaniami Izba uznała, że złożona przez Odwołującego kalkulacja/tabela kosztowa stanowiła nie tylko graficzne odzwierciedlenie wyjaśnień, ale również zbiór oświadczeń Odwołującego, podlegających weryfikacji w procesie oceny czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Analizując wspomnianą kalkulację skład orzekający uznał, że jest ona niewiarygodna z następujących przyczyn.

Z treści wyjaśnień nie wynika na jakiej podstawie Odwołujący określił wysokość stawek wynagrodzenia specjalistów, tj. czy są to, przykładowo, stawki obowiązujące u Odwołującego, czy uśrednione stawki rynkowe. W tym zakresie zaprezentowana przez Odwołującego argumentacja, sprowadzająca się do twierdzenia, że są to stawki powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie mogła się ostać, nie stanowi ona bowiem potwierdzenia,

że Odwołujący ma możliwość zatrudnienia wspomnianych w wyjaśnieniach specjalistów za wynagrodzenie w nich wskazane.

W konsekwencji Odwołujący zobligowany był do przedstawienia dowodów potwierdzających realność zaoferowanych stawek, czego – wbrew wezwaniu Zamawiającego – nie uczynił. Dowodem takim, zdaniem Izby, nie jest szczegółowa kalkulacja kontraktu, załączona do kalkulacji/tabeli kosztowej i objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jako że nie potwierdza ona wspomnianych wcześniej okoliczności.

Ergo decyzja Zamawiającego, jak i samo jej uzasadnienie, z którym związany był jeden z zarzutów odwołania, nie stanowiły naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....