

WYROK

z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Zakład Drogowo-Budowlany NOJAN J. N., ul. Gorzelniana 7, 62-065 Grodzisk Wielkopolski w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gminę Buk, ul. Ratuszowa 1, 64-320 Buk

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego z zastosowaniem wymogu z art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp przez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000, 00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego Zakład Drogowo-Budowlany NOJAN J. N., ul. Gorzelniana 7, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, tytułem wpisu od odwołania

- zasądza od zamawiającego Miasta i Gminy Buk na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 (trzynaście tysięcy sześćset) złotych zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztu 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) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto i Gmina Buk, ul. Ratuszowa 1, 64-320 Buk, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa ul. Kwiatowej i Storczykowej wraz z kanalizacją deszczową oraz przebudową linii oświetleniowej”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP Ogłoszenie nr 547079-N-2020 z dnia 2020-06-03 r.

W dniu 6 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Zakład Drogowo - Budowlany NOJAN J. N. ul. Gorzelniana 7, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, zwanego dalej „odwołującym”, który to wykonawca od takiej czynności zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez wadliwą czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
- naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia konkretnego i szczegółowego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego, co faktycznie jeśli nie uniemożliwia to co najmniej utrudnia kwestionowanie decyzji Zamawiającego,
- naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego. Na wstępie podkreślił, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert wynikającym z danych udostępnionych po czynności otwarcia ofert, przy uwzględnieniu dokonanych przez zamawiającego pozostałych decyzji o odrzuceniu ofert konkurencyjnych wykonawców byłaby po jej przywróceniu do postępowania ofertą najkorzystniejszą.

Uzasadniając podniesiony zarzut w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty podał, że zamawiający w trakcie procedury otwarcia ofert podał kwotę, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości: 6.000.000,00 zł (brutto). W postępowaniu zostało złożonych łącznie 4 oferty w przedziale cenowym od 3.378.511,61 zł do 4.658.297,66 złotych. Wszystkie oferty w istotny sposób różniły się w stosunku do wartości zamówienia zamawiającego. Powyższe oznacza wprost, że rynkowa wartość zamówienia została ustalona w sposób poprawny na poziomie cen złożonych ofert, a nie wartości zamówienia. Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na poziomie zdecydowanie powyżej wartości rynkowej dla tego typu zamówienia. Wartość rynkowa dla tego konkretnego postępowania została wyrażona w ofertach złożonych przez wykonawców w dodatku wycenionych na zbliżonym poziomie, a podstawą zastosowania procedury wyjaśniającej stał się wyłącznie fakt arytmetycznej różnicy ceny oferty w relacji do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. W ocenie odwołującego w realiach tego postępowania zamawiający nie miał obowiązku dokonywania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż zaoferowane ceny ofertowe były ze sobą zbieżne.

Podał, że zamawiający w dniu 2.07.2020r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 a Pzp. Zamawiający w treści wezwania powielił treść przepisu ustawy Pzp nie precyzując zakresu informacji jakich oczekiwał. Wskazał, że odwołujący złożył wraz z ofertą wymagany kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej, stąd zamawiający posiadał na dzień wezwania wiedzę nt. szczegółowego sposobu wyceny poszczególnych elementów składowych zamówienia. Odwołujący w dniu 3.07.br. z zachowaniem wyznaczonego terminu złożył Zamawiającemu treść wyjaśnień wskazując istotne czynniki cenotwórcze, które w jego ocenie miały szczególne znaczenie dla ustalenia ceny ofertowej. W szczególności wskazał na zastosowaną stawkę cen robocizny na poziomie rynkowym - 22 zł za roboczogodzinę pracy. Stawka ta spełnia wymagania określone w Rozporządzeniu z dnia 10 września 2019 r. (Dz U 2019 Poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł.

Podkreślił, że wskazał także na oszczędności wynikające z usprzętowania firmy o własne układarki kostki brukowej betonowej, umożliwiające istotne zmniejszenie czasochłonności nawet o 30% w stosunku do układania ręcznego tego typu nawierzchni. Wykonawca odwoływał się do posiadanych stałych upustów cenowych na podstawowe materiały niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wskazując na posiadanie indywidualnie określonych cenników producentów z gwarancją utrzymania cen a ceny są niższe od cen dostępnych w sprzedaży detalicznej oraz hurtowej, a tym samym również cen w większości dostępnych katalogów cenowych, będących podstawą kalkulacji w kosztorysach inwestorskich - czyli wyceny zamawiającego. Odwołujący dodatkowo powołał się na okoliczności obiektywne mające wpływ na wycenę takie jak - nie generowanie produkcji odpadów (pełne wykorzystanie materiału), minimalnych kosztów przerzutu sprzętu oraz niewielkiej odległości siedziby firmy od terenu budowy (około 30 km), a także zamiaru samodzielnego wykonania zamówienia bez podwykonawców, jednocześnie podkreślając że obniżenie kosztów pośrednich przy poszczególnych pozycjach kosztorysowych wynika z umiejętności kadry jaką posiada.

Zamawiający w dniu 17.07.br. zwrócił się do wykonawcy o doprecyzowanie złożonych w piśmie z dn. 03.07.2020r. wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w zakresie wymienionych w treści wezwania enumeratywnie wskazanych pozycji kosztorysowych dotyczących robót drogowych i kanalizacyjnych. Odwołujący w wyznaczonym terminie 21.07.br. złożył wymagane doprecyzowanie do złożonych wyjaśnień wskazując kalkulacje szczegółowe pozycji wymienionych w piśmie nr ZP.271.04.2020 z dnia 17.07.2020 r., zgodnie z treścią wezwania.

Składając szczegółowe kalkulacje Wykonawca podkreślił jednocześnie, że wszystkie wskaźniki użyte do obliczenia cen przedstawionych w złożonej ofercie opierają się na dotychczasowych doświadczeniach w wykonywaniu analogicznych robót, a ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych są zbliżone do cen składanych w innych postępowaniach przetargowych. Wykonawca wskazał także na fakt rażącego przeszacowania wyceny zamówienia przez zamawiającego, nieposiadający odzwierciedlenia w aktualnych cenach rynkowych.

Wykonawca dla każdej z pozycji będącej przedmiotem wezwania przedłożył szczegółowe wyliczenia elementów składowych wyceny. Nie można zatem powiedzieć, że wykonawca zbagatelizował wezwanie, czy też przedstawił niekompletne, czy ogólnikowe informacje w przedmiocie wyliczenia oczekiwanych przez Zamawiającego w wezwaniu pozycji kosztorysu. Każda pozycja kosztorysu objęta wezwaniem została w analogicznie detaliczny sposób opisana. Dla każdej z wymienionych pozycji zostały przedstawione konkretne argumenty odnoszące się do tego, jak roboty miały być prowadzone wraz ze wskazaniem czynników wpływających na rzekome zaniżenie ceny danej pozycji kosztorysowej. Ponadto tam gdzie wprost nie zostały podane takie pozycje jak zysk, czy koszty pośrednie została określona pula (w PLN oraz procentowo) stanowiąca kwotę, która może być traktowana jako "kwota do dyspozycji". W ocenie wykonawcy poziom precyzji wyjaśnień ceny pozwalał na ustalenie zasad jej dokonania i przyjętych elementów kosztotwórczych. W konsekwencji uznać należy, że wyjaśnienie ceny było skuteczne, precyzyjne i rozwiewało wszelkie ewentualne wątpliwości dotyczące źródeł kalkulacji ofertowej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art 92 ust.1 pkt 3 Pzp podał, że zgodnie z treścią uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego z dnia 6.08.2020 r zamawiający wskazał w niej w sposób ogólnikowy, lakoniczny i nieprecyzyjny dlaczego uznał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę miały dowodzić że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia nie jest konkretne i jednoznaczne. zamawiający wymienia bliżej niesprecyzowane i przykładowe okoliczności, które jego zdaniem dowiodły że cena oferty jest rażąco niska. Powodem odrzucenia mają być błędy w wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje że złożone wyjaśnienia takich błędów faktycznie nie zawierają - ani błędów obliczeniowych ani związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia. Wykonawca wskazuje że fragment uzasadnienia odrzucenia odnosi się do jakichś bliżej niezdefiniowanych błędów. Błędy na jakie powołuje się zamawiający nie są zidentyfikowane i skonkretyzowane - zamawiający używa określeń w rodzaju „m.in.” Wskazał, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty oraz ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności.

W następnej części odwołania odwołujący odniósł się do rzekomych błędów w treści oferty dotyczących innego sposobu wykonania zamówienia, które zamawiający zasygnalizował w informacji o odrzuceniu oferty. Wskazał, że wszystkie zastrzeżenia zamawiającego wskazane w informacji o odrzuceniu oferty znalazły odzwierciedlenie w złożonych dokumentach i zostały uwzględnione w złożonych wyjaśnieniach. Podkreślił, że zamawiający wskazuje, że „w niektórych pozycjach” - których konkretnie nie wskazuje, nie doliczono kosztów pośrednich. Odwołujący w tym zakresie podał, że w złożonych wyjaśnieniach podane stawki za niektóre czynności (związane ze sprzętem i samochodami) uwzględniają już takowe koszty. Większość pozycji przedstawionych w wyjaśnieniu posiada jednak wskazanie na koszty pośrednie wraz ze wskazaniem ile one wynoszą. Dla każdej podanej w wyjaśnieniach pozycji kosztorysu zostały przedstawione konkretne argumenty odnoszące się do tego, jak roboty miały być prowadzone wraz ze wskazaniem czynników wpływających na obniżenie ceny danej pozycji kosztorysowej. Ponadto tam gdzie wprost nie zostały podane takie pozycje jak zysk, czy koszty pośrednie została określona pula (w PLN oraz procentowo) stanowiąca kwotę, która może być traktowana jako "kwota do dyspozycji". Zważywszy, że zysk oraz koszty pośrednie przy różnych pozycjach nie muszą być jednakowe to w uznaniu składającego ofertę wykonawcy jest założenie ile na danej pozycji kosztorysowej przewiduje zarobić. Podkreślił także, że w ocenie odwołującego, przepisy Pzp, uwzględniając cel procedury wyjaśniającej cenę oferty, nie stoją na przeszkodzie, aby zamawiający uzupełniając kierował do wykonawcy dodatkowe wezwania co do wątpliwości

jakie ewentualnie powstały w związku z przedłożonymi wyjaśnieniami ceny i dowodami - z czego zamawiający jak wynika z przebiegu aktualnego postępowania korzystał.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i w szczególności podkreślił, że w odwołaniu wykonawca nie zaskarżył podstawy odrzucenia oferty opierającej się na zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Tym samym, zdaniem zamawiającego należy uznać, że odwołujący uznał zasadność czynności odrzucenia jego oferty ze względu na błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Podstawa prawna odrzucenia oferty zawarta została w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i uzasadnieniu odrzucenia oferty. Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn formalnych, wobec nie zaskarżenia w pełni czynności zamawiającego. Ponadto na rozprawie w tym zakresie podniósł, że wykonawca, który nie skarży podstaw odrzucenia oferty w całości to nie ma interesu o którym mowa w art 179 ust. 1 Pzp do kwestionowania czynności zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Tak sytuacja niezależnie od oceny innych zarzutów odwołania winna według zamawiającego skutkować oddaleniem odwołania.

Poza przywołaniem znacznej liczby orzeczeń KIO mających uzasadniać trafność podjętej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty podał, że wyjaśnienia składane na okoliczność wykazania braku w ofercie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę powinny być potwierdzone konkretnymi dowodami, a nie ogólnikowymi, mglistymi тезami, których interpretacja byłaby utrudniona. Wskazał, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zauważył, że pomimo dwukrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, odwołujący nie udowodnił, że cena przez niego zaoferowana jest ceną która nie jest rażąco niska. Nie udowodnił tego również na etapie pisania odwołania do KIO. Ocena otrzymanych od wykonawcy wyjaśnień stanowiła podstawę do uznania przez zamawiającego, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Wskazał także, że za stanowiskiem zamawiającego iż cena oferty odwołującego jest rażąco niska, przemawia także fakt, że w przedmiotowym postępowaniu złożona została oferta firmy NESTON Sp. z o.o. na kwotę brutto 3.425.352,98 zł, a więc o ok. 100.000 zł wyższą niż odwołujący. Były to jedyne oferty poniżej kwoty 4 mln zł. W korespondencji z firmą INVESTON osoba upoważniona do reprezentowania ww. podmiotu wskazała, że „Do kalkulacji naszej oferty wkraść się błąd, który został powielony w kosztorysach ofertowych powodując zaniżoną cenę całej oferty. Po przeprowadzeniu weryfikacji złożonej oferty stwierdzamy, że nie jesteśmy w stanie wykonać zamówienia w cenie przez nas zaoferowanej”.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny podał, że zamawiający dokonał wnikliwej oceny złożonych ofert, a następnie udzielonych mu wyjaśnień złożonych zarówno przez odwołującego, jak i wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dowodem na wnikliwe dokonanie powyższych czynności było m.in. skierowanie treści odpowiedzi na zapytanie dotyczące rażąco niskiej ceny do p. M. Ś., który w postępowaniu pełnił rolę inspektora Nadzoru Inwestorskiego w celu wydania opinii na temat wyjaśnień wykonawców. Podkreślił, że z przedmiotowej opinii wynika między innymi, że skalkulowany przez odwołującego koszt wykonania szeregu pozycji kosztorysu jest rażąco niski nie pozwalający na wykonanie tego zamówienia za zaoferowaną cenę. Jako przykład wskazał:

1. Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem - wycena wykonawcy 126 528,60 zł netto jest niewykonalna w tej cenie. Zaniżona o co najmniej 50%
2. Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem -wycena wykonawcy 80 098,70 zł netto jest niewykonalna w tej cenie. Zaniżona o co najmniej 50%
3. Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem -wycena wykonawcy 94 896,45 zł netto jest niewykonalna w tej cenie. Zaniżona o co najmniej 50%
4. Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem -wycena wykonawcy 27 306,38 zł netto jest niewykonalna w tej cenie. Zaniżona o co najmniej 50%
5. Wbijanie stalowych ścian larsen 3-4 z łądu, rusztowania lub pomostu na głębokość 8 metrów
6. wycena wykonawcy - 3 935,50 zł netto - realny koszt wykonania kilkadziesiąt razy wyższy - ponad 49 000,00 zł netto - roboty wysokospecjalistyczne.
7. Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z łądu, rusztowania lub pomostu na gł. 10 m - wycena wykonawcy 1 967,75 zł netto - realny koszt wykonania kilkadziesiąt razy wyższy - ponad 45 000,00 zł netto - roboty wysokospecjalistyczne.
8. Wymiana gruntu - wycena wykonawcy 63 750,00 zł netto - cena nierealna. Zaniżona

o 40%.

Nadto podał, że pozycje kosztorysu ofertowego zawierające prace sprzętu liczone są na bardzo niskich stawkach - nierealnych. Wydajność ludzi i sprzętu nie jest możliwa do osiągnięcia, nie mówiąc już o utrzymaniu takiej wydajności ludzi i sprzętu przez okres trwania całego zadania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podał, że analiza aktu postępowania, jak i zawiadomienia o odrzuceniu oferty i jego uzasadnienia, prowadzi do przekonania, że zarzuty odwołującego są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie. Istotnym jest zatem przy ocenie uzasadnienia faktycznego ustalenie, czy podane informacje pozwalają na zidentyfikowanie przez wykonawcę merytorycznych podstaw odrzucenia oferty.

Zamawiający stwierdził, że wymogi przepisowe dotyczące podania uzasadnienia zarówno prawnego, jak i faktycznego zostały należycie wykonane. Zamawiający podał jakie główne przesłanki legły u podwalin jego decyzji o odrzuceniu ofert, wskazał na nieprawidłowości w ofercie. Zapisy w odwołaniu są na tyle szczegółowe, że świadczą o fakcie, że wykonawca doskonale wie jakie nieprawidłowości zawiera jego oferta i próbuje je nieumiejętnie tłumaczyć.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o podstawę z art 89 ust.1 pkt 6 Pzp tj. z powodu błędu w obliczeniu ceny, podniósł, że prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Dlatego przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

Uzasadniając powyższe wskazał między innymi na kwestie, że np.: wykonawca błędnie wyliczył pozycje kosztorysu ofertowego /roboty drogowe koszty kwalifikowane, dział 4 poz. 9 KNR - 231-01-18-01-00 / dotyczące wykonania Pielęgnacja podbudowy piaskiem z polewaniem wodą ul. Kwiatowa - 8671,45 m2 x 0,2 zł/m2

W wyjaśnieniach wykonawca opisał - Kalkulacja zakłada pielęgnację podbudowy poprzez zakrycie kruszywem oraz polewaniem wodą. Kruszywo stanowi tym samym początkową część warstwy podbudowy z kruszywa, a koszty związane z jej wykonaniem zostały uwzględnione w pozycji dotyczącej wykonania górnej warstwy podbudowy z kruszywa. Wykonawca błędnie wyliczył 0,20 zł za 1 m2 - w tej pozycji należało policzyć zakup piasku, dowóz na budowę, ręczne prace robotnika budowlanego. Na świeżą podbudowę nie może wjechać sprzęt typu ładowarka/ koszt wody do polania piasku i koszt utrzymanie wilgotności przez co najmniej 7 dni. Wykonawca wyjaśnił, że świadomie zmienił zalecenia projektanta i niezgodnie z projektem oraz SSTWiOR przyjął inny materiał do pielęgnacji podbudowy betonowej. Warstwa górna podbudowy została zaprojektowana z kruszywa łamanego. Wykonawca założył jak wynika z wyjaśnień, że pielęgnację wykona przy użyciu kruszywa łamanego z górnej warstwy podbudowy.

Natomiast zamawiający w przedmiarze umieścił pozycje Pielęgnacja podbudowy piaskiem z polewaniem wodą nie zaś kruszywem łamanym. Opis zakresu pielęgnacji podbudowy znajduje się w SSTWiOR D-04.05.00 pkt 5 e - Przykrycie warstwą piasku lub grubej włókniny technicznej i utrzymanie jej w stanie wilgotnym w czasie co najmniej 7 dni Piasek nie zalicza

się do kruszyw łamanych. Piasek nie może być mieszany z kruszywem łamanym w celu uzyskanie górnej warstwy podbudowy. Wykonawca świadomie przyjął inny materiał, nie dopuszczony przez zamawiającego/projektanta, niezgodny z projektem i przedmiarem robót na podstawie którego miał być sporządzony kosztorys ofertowy, itd.

Zamawiający wskazał także, że narzucenie odpowiedniej technologii wykonania robót wynikało między innymi z tego, że projektant z uwagi na duże zagęszczenie sieci kablowych na odcinku budowy ulic, założył roboty ziemne pod krawężnik jako roboty ręczne. Projektant do wyceny przyjął w przedmiarze taką pozycję KNR 231-04-01-03-00, która jednoznacznie mówi o wykonaniu tych prac ręcznie - nie mechanicznie. Kosztorys ofertowy wykonawcy zgodnie z SIWZ miał być sporządzony na podstawie załączonego przedmiaru. Natomiast wykonawcy założył wykonanie tych robót w sposób mechaniczny.

Reasumując argumentację dotyczącą podniesionego zarzutu podał, że wobec faktu nie zakwestionowania podstaw odrzucenia oferty opierających się na zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp należy uznać, że w tym zakresie odwołujący uznał czynność zamawiającego jako zgodną z przepisami. Nie zarzucił jej wadliwości oraz w żaden sposób nie podał argumentów, które mogłyby ją podważyć.

Odwołujący w złożonym piśmie procesowym odniósł się do treści odpowiedzi na odwołanie i przywołując w dużej mierze argumentację z odwołania w szczególności podniósł, że zgodnie z treścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał

na odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 oraz 6 Pzp. Przywołanie w petitum odwołania samego przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp nie zmienia faktu, że treść uzasadnienia odwołania zawiera zarówno odniesienie się do odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny jak również do rzekomych błędów obliczeniowych w cenie oferty. Powyższe potwierdza, zdaniem odwołującego w szczególności jego stanowisko zawarte na s. 13 odwołania (pkt 4 oraz 5) potwierdzające brak błędów obliczeniowych.

Podał, że odwołujący nie mógł odnosić się do tych rzekomych błędów w ofercie o których zamawiający tylko wspomniał w informacji o odrzuceniu oferty, a wskazał je dopiero, w odpowiedzi na odwołanie. Podał, że odwołujący przedstawił zarzuty odwołania - poddając w wątpliwość stanowisko chronologicznie w stosunku do każdego zdania z uzasadnienia decyzji odrzucenia jego oferty. W konsekwencji powyższe powoduje, że zarzuty odwołania odnoszą się do wszystkich wyartykułowanych przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty powodów, w tym dotyczących rzekomych błędów obliczeniowych. Podkreślił, że poza zarzutem formalnym, uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawiera faktycznie wskazania żadnych konkretnych błędów w obliczeniu ceny. Zamawiający wspomina o nich dopiero w odpowiedzi na odwołanie przywołując opinię Pana M. Ś. .

Odnosząc się do kwestii opinii Pana M. Ś. podał, że powołana opinia stanowi wewnętrzny dokument zamawiającego z etapu oceny ofert. Opinia powyższa nie była powołana w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego nawet w postaci odesłania do tego dokumentu, nie mówiąc już o powieleniu jej ustaleń w uzasadnieniu odrzucenia oferty, czy też załączenia do niej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do

protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje, odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby mieć wpływ na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w SIWZ i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Izba uznała stan faktyczny sprawy opisany w odwołaniu i pismach procesowych za niewymagający uzupełnienia. Strony również nie zgłaszały wniosków o uzupełnienie opisu stanu faktycznego i materiału dowodowego sprawy. Izba nie uznała zasadności wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu niezakwestionowania w odwołaniu jako podstawy odrzucenia zarzutu z art 89 ust.1 pkt 6, gdyż niewątpliwym jest, że odwołujący zakwestionował w odwołaniu całą treść informacji o odrzuceniu jego oferty. Podstawą oceny Izby jest stan faktyczny sprawy skonkretyzowany w zarzutach odwołania i opisany uzasadnieniu.

Podkreślić należy, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty i błędu w obliczeniu ceny. Zdaniem Izby o ile argumentacja i sposób oceny oferty odwołującego, w zakresie zaferowanej ceny nie budził większych zastrzeżeń to już kwestia odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny nie została przez zamawiającego w żaden sposób wykazana. Analizując treść dokonanej oceny oferty odwołującego przez zamawiającego trudno nie wywieść wniosku, że oba te zarzuty dotyczą tej samej kwestii czyli, rażąco niskiej ceny oferty odwołującego. Zamawiający przedmiotową kwestię podzielił niejako na dwie części, jedna dotyczyła kwestii realności wyliczenia kosztu wykonania danej pozycji kosztorysu, a druga kwestii przyjęcia określonej ceny dla pozycji kosztorysu w sytuacji zmiany czy to technologii wykonania robót, czy rodzaju użytych materiałów. W tym zakresie zamawiający uznawał, że zmiana np. technologii wykonania robót z robót ręcznych na roboty wykonywane przy użyciu sprzętu mechanicznego powodowała sytuację, że odwołujący w ten sposób zaniżał cenę oferty w stosunku do innych wykonawców, a nadto powodowało to sytuację, że w razie wykonywania tych robót według technologii wskazanej w SIWZ (powrót do prac wykonywanych ręcznie), to podana kwota wynagrodzenia nie wystarczała na ich wykonanie. Tym samym według zamawiającego taka zamiana technologii wykonania robót, czy użytych materiałów stanowiła błąd w obliczeniu ceny. Jako typowe sytuacje błędu w obliczeniu ceny, które zamawiający wskazał dopiero w odpowiedzi na odwołanie polegały przykładowo, na:

- pielęgnacja podbudowy piaskiem z polewaniem wodą nie zaś kruszywem łamanym;
- w zakresie kopania rowka pod krawężnik o wymiarach 30x30 w gruncie, pozycja kosztorysowa zakłada wykonanie rowka poprzez wykonanie robót ziemnych ręcznie. Natomiast odwołujący wyjaśnił, że świadomie przyjął inną technologię robót nie dopuszczoną przez zamawiającego/projektanta, niezgodną z projektem i przedmiarem robót na podstawie którego miał być sporządzony kosztorys ofertowy.
- projektant do wyceny przyjął w przedmiarze KNR 231-04-01-03-00, która jednoznacznie mówi o wykonaniu tych prac ręcznie - nie mechanicznie, a odwołujący założył wykonanie mechaniczne,
- itd.,

Izba uznała, że powyższe sytuacje mniej mogą być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub np. w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Natomiast przedstawione powyżej sytuacje dotyczące zastosowania innej technologii niż wymagana w SIWZ, czy też zastosowanie innych materiałów nie stanowi błędów w obliczeniu ceny, ale wskazane pod tym szyldem sytuacje należałoby ocenić po względem zgodności treści oferty z SIWZ (art 89 ust.1 pkt 2 Pzp). W sytuacji, kiedy zamawiający nie dopuszcza wykonania alternatywnego sposobu wykonania zamówienia, to wykonawca niezależnie od możliwości technicznych musi wycenić ofertę według ustaleń zamawiającego w SIWZ. Wycena według innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art 7 ust.1 Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców zasadność wprowadzenia do SIWZ określonych technologii wykonania robót mogła podlegać kwestionowaniu na etapie przedstawienia treści SIWZ wykonawcom, a nie na etapie po otwarciu i ocenie ofert. Nadto dodać należy, że zasadność oceny prawidłowości skalkulowania ceny odpowiednich pozycji kosztorysu dotyczy tylko kwestii, kiedy oferta w tym zakresie jest zgodna z SIWZ. W innej sytuacji analiza ceny nie ma racji bytu, gdyż w przypadku niezgodności oferty z SIWZ i braku możliwości naprawy tej sytuacji w trybie przepisu art 87 ust. 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Izba zauważa, że nie jest możliwe dokonywanie oceny prawidłowości wyliczeń ceny danej pozycji kosztorysu, kiedy przyjęty w ofercie sposób realizacji zamówienia jest niedopuszczony przez zamawiającego. Dlatego też w sytuacji, kiedy nie jest wiadomym, czy wszystkie wyceny pozycji kosztorysowych dotyczą pozycji zgodnych z SIWZ, a tym samym mogą podlegać ocenie w zakresie zaoferowanej ceny oferty, to ocenianie zarzutu rażąco niskiej ceny jest zarówno niemożliwe jak i przedwczesne. Na kanwie powyższej sytuacji należy zwrócić uwagę na fakt, iż w postępowaniu mamy do czynienia z rozliczeniem kosztorysowym, a nie ryczałtowym. Jeśli przy ryczałcie co do zasady kosztorysy stanowią element informacyjny, to w przypadku rozliczania wykonanych robót metodą kosztorysową, to każda pozycja w kosztorysie ofertowym winna zawierać wszystkie koszty (dane kalkulacyjne) w oparciu o które będzie wyliczane wynagrodzenie dla wykonawcy w kosztorysie powykonawczym.

Biorąc pod uwagę powyższą sytuację i próbę obliczenia ceny oferty wg. sytuacji podciągniętych pod błąd w obliczeniu ceny Izba uznała, że niezbędna jest ponowna ocena oferty mająca na celu nie tylko uporządkowanie powyższej kwestii, ale także przyporządkowanie odpowiednich sytuacji wskazanych w kosztorysie ofertowym pod odpowiedni wymóg SIWZ i przepis prawa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art 92 ust.1 pkt 3 Pzp z którego wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne, Izba uznała, że zamawiający nie wypełnił tego obowiązku. Zdaniem Izby przepis ten ma zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego jednoznacznie wynika wymóg, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie oceny ofert wraz z jego pełnym uzasadnieniem co do podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty. Niewątpliwym jest, że uzasadnienie faktyczne i prawne jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, a w szczególności na rodzaj argumentacji mającej obalić stanowisko zamawiającego.

Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu szczególnie w sytuacji, kiedy wykonawca dowiaduje się o rzeczywistej podstawie odrzucenia jego oferty przez zamawiającego dopiero z pisma - odpowiedzi na odwołanie, to konieczne jest doprowadzenie do sytuacji, aby wykonawca miał możliwość pozyskania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia jego oferty, w oparciu o informacje od zamawiającego, a nie z pism które pojawiły się na etapie postępowania odwoławczego.

Natomiast w przedmiotowym odwołaniu zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego podał (cała treść), że:

„Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. (J. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień czy przedmiotowa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zawierały błędy polegające m.in. na założeniu technologii robót niezgodnej z przedmiarem na podstawie którego miał być sporządzony kosztorys ofertowy, na braku założenia w niektórych pozycjach współczynnika spulchnienia materiału, braku uwzględnienia kosztów rozbiórki oraz utylizacji podsypki cementowo - piaskowej. Ponadto w niektórych pozycjach nie doliczono kosztów pośrednich, nie dodano wydajności złożonej przez Wykonawcę oraz ilości pracowników, część pozycji kosztorysowych została ewidentnie zaniżona. W związku z powyższym zachodzą przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych”.

Nawet z pobieżnej analizy uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty odwołującego można wywieść tylko tyle, że zamawiający stwierdził błędy w zakresie technologii robót niezgodnej z przedmiarem. Nadto w jakichś pozycjach nie doliczono kosztów pośrednich, itp. Izba uznaje, że to uzasadnienie jest nie tylko ogólnikowe i lakoniczne, ale przede wszystkim nie odnosi się do sytuacji które zdaniem zamawiającego wskazywały na rażąco niską cenę oferty i błąd w jej obliczeniu. Dlatego też niezbędne jest wprowadzenie do postępowania pewnego ładu mogącego dać podstawę do oceny, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty, czy mamy błąd w obliczeniu ceny, czy zachodzą przesłanki do uznania niezgodności treści oferty z SIWZ, czy też oferta jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Nie można oczekiwać od wykonawcy otrzymującego uzasadnienie takiej treści, aby w odwołaniu odniósł się w pełni do zarzutów wobec jego oferty, gdy zostały podane dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Zakres nieprawidłowości w ofercie wykonawcy, który stanowił podstawę jej odrzucenia determinuje zakres zarzutów odwołania. Tak więc w sytuacji kiedy zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje błąd w obliczeniu ceny, a takiej podstawy nie da się wywieść z okoliczności sprawy, to zamawiający stwierdzając nieprawidłowości w ofercie winien te nieprawidłowości w sposób właściwy zakwalifikować pod odpowiedni przepis ustawy. Izba nie jest uprawniona do wskazywania zamawiającemu podstaw prawnych do ewentualnego odrzucenia oferty. Rolą Izby jest ocena prawidłowości podejmowanych czynności przez zamawiającego, a nie dokonywanie za zamawiającego badania i oceny ofert. Natomiast wykonawca z informacji o odrzuceniu jego oferty winien pozyskać pełną wiedzę o ustalonych przez zamawiającego nieprawidłowościach w jego ofercie, które zaskutkowały odrzuceniem jego oferty. Wykonawca tylko w oparciu o tak posiadane informacje może w sposób prawidłowy sformułować treść zarzutów odwołania.

Tym samym Izba uznała zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art 92 ust.1 pkt 3 poprzez nie podanie prawidłowego stanu faktycznego i prawnego, który leży u podstaw odrzucenia oferty odwołującego. Nadto uznała za zasadne stanowisko odwołującego, że przy tak sformułowanej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego brak było możliwości jednoznacznego ustalenia powodu z jakiego oferta odwołującego została odrzucona. Błędy na jakie powołuje się zamawiający nie są zidentyfikowane i skonkretyzowane w sposób spełniający wymagania z art 92 ust.1 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła odwołanie wskazując w szczególności na zasadność zarzutu w zakresie niewykonania przez zamawiającego obowiązku informacyjnego dla wykonawcy o którym mowa w art 92 ust.1 pkt 3 Pzp. Zamawiający wykonując powyższe orzeczenie Izby, winien - jak to wyżej wskazano, poddać ponownej ocenie treść oferty odwołującego. Jeśli stwierdzi uchybienia w tym zakresie winien przypisać je pod odpowiednie ustalenia SIWZ i przepisy Pzp, a nadto zastosować możliwość kierowania do wykonawcy wezwań o wyjaśnienia, czy uzupełnienia treści oferty.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: