Sygn. akt: KIO 1818/20

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawców T. M., S. K. i Ł. Ł. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Sell-Bud Inwest s.c. z siedzibą w Kielcach przy ul. Wincentego Witosa 65 (25-561 Kielce) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie z siedzibą przy ul. Mogilskiej 109 (31-571 Kraków)

przy udziale wykonawcy A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna z siedzibą w Krakowie przy ul. Na Błonie 3C/58 (30-147 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 30 lipca 2020 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 w postępowaniu i odrzuceniu oferty wykonawców T. M., S. K. i Ł. Ł. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Sell-Bud Inwest s.c. z siedzibą w Kielcach oraz nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w ramach zadania nr 1 z uwzględnieniem oferty ww. wykonawców;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie i:

2.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców T. M., S. K. i Ł. Ł. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Sell-Bud Inwest s.c. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania;

2.3. zasądza od zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie na rzecz wykonawców T. M., S. K. i Ł. Ł. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Sell-Bud Inwest s.c. z siedzibą w Kielcach kwotę w wysokości 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1818/20

Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: Termomodernizacja budynków nr 19, 21, 24, 25 KWP w Krakowie przy ul. Mogilskiej 109 wraz z częściową wymianą sieci ciepłowniczej wewnątrzzakładowej na preizolowaną w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji (znak sprawy: ZP.57.2020), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na dwa zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 lipca 2020 r., pod numerem 558446-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, nie przekraczała kwoty wskazanej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 3 sierpnia 2020 r. wykonawcy T. M., S. K. i Ł. Ł. prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Sell-Bud Inwest s.c. z siedzibą w Kielcach (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie, w którym wskazali, że zamawiający:

- dokonał błędnej oceny oferty odwołującego i uznał, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- wyznaczył jednodniowy termin na udzielenie wyjaśnień w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- zaniechał kontynuacji uzyskania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w kontekście przedstawienia symulacji kosztorysu wypełnionego o dane wyjściowe do kosztorysowania podane przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach;

- naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie jego oferty w ramach zadania nr 1 dotyczącego termomodernizacji budynków nr 19 i 21, pomimo iż cena lub koszt nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący żądał:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- nakazania zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

- zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie odwołujący alternatywnie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność realności oferowanej ceny za przedmiotowe zamówienie przy wypełnieniu kosztorysu na podstawie złożonych zamawiającemu wyjaśnień przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ jego uwzględnienie spowoduje, że ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnił, że jego oferta znajduje się na I miejscu w rankingu złożonych ofert w zadaniu nr 1 Termomodernizacja budynków nr 19 i 21.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2020 r. (znak: AQ.ZP.57.2020) poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność odrzucenia oferty została poprzedzona wezwaniem odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. Odwołujący wyjaśnił, że otrzymał zawiadomienie o przesłaniu powyższego pisma za pośrednictwem platformy zakupowej zamawiającego w dniu 23 lipca br. o godz. 13.07 z prośbą, o szybkie udzielenie wyjaśnień. Z treści wezwania wynikało, że odwołujący ma udzielić wyjaśnień do godziny 14.00 dnia następnego, czyli 24 lipca br. Odwołujący wskazał, że udzielił wyczerpujących wyjaśnień w dniu 24 lipca br. z zachowaniem powyższego terminu, który w istocie ze względów organizacyjnych był terminem nierealnym.

Następnie odwołujący stwierdził, że zamawiający wyznaczając jednodniowy termin na udzielenie wyjaśnień naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Zwrócił uwagę, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w toku kontroli jednego z postępowań o zamówienie publiczne stwierdził, bez znaczenia przy tym pozostaje, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który nie określa minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcy na udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie. (...) obowiązek wyznaczenia realnego terminu, tj. możliwego do dotrzymania przez wykonawcę działającego z należytą starannością, wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Takie stanowisko Prezesa potwierdziła KIO w uchwale z dnia 18 maja 2017 r. (KIO/KD 18/17).

Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp podjął decyzję pochopnie bez dochowania należytej staranności. Uznał bowiem wyjaśnienia udzielone w trybie art. 90 ust, 1 Pzp za lakoniczne i ogólne (w istocie w terminie nierealnym - jednodniowym). Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach wskazał konkretne składniki cenotwórcze powodujące iż cena nie może być uznana za rażąco niską, tj.:

- koszty pośrednie przyjęte jako składowa kalkulacji - kosztorysu;

- zysk z przyszłego kontraktu na poziomie 9%;

- zapewnienie minimalnego wynagrodzenia, zgodnie z przepisami rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., Dz. U. z 2019 roku, poz. 1778).

Odwołujący wskazał, że załączone zostały także dowody dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę z minimalnym wynagrodzeniem oraz pismo w formie informacji o korzystaniu z rabatów na materiały niezbędne do realizacji zamówienia na poziomie 20-30%. Podkreślone zostało także, że na siedem złożonych ofert, aż pięć z nich zawierało cenę w granicach średniej wynoszącej ok. 2 500 000,00 zł, a cena całkowita oferty jest niższa tylko o 17,18% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co powoduje iż plasuje się znacznie poniżej od 30% wskaźnika określonego w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp. Wynika to z urealnienia przez potencjalnych wykonawców kosztów realizacji robót budowlanych w okresie ostatnich kilku miesięcy br. (okres pandemii związanej z COVID-19) i analizy przez nich rynku zamówień publicznych. Nasuwa się zatem pytanie, dlaczego zamawiający nie wziął pod uwagę tak ważnej okoliczności i zaniechał dodatkowego wyjaśnienia, jakie zdarzenia gospodarcze mogą mieć wpływ na skalkulowanie ceny oferty poniżej, czy na granicy 30% wskaźnika w odniesieniu do ustalonej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Należy zauważyć, że zwrócenie się w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie domniemania rażąco niskiej ceny lub kosztu nie jest czynnością jednorazową. Zamawiający powinien zatem skorzystać z takiej możliwości, chociażby co do uzyskania informacji o ewentualnym dofinansowaniu działalności gospodarczej przedsiębiorców w ramach tzw. tarczy antykryzysowej. W ocenie odwołującego nie do zaakceptowania jest odrzucenie oferty z realną ceną ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, w odniesieniu także do naczelnej zasady wydatkowania środków publicznych, która dotyczy zamawiającego, tj. zasady wynikającej z art. 44 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009 Nr 157 poz. 1240 ze zm.).

Odwołujący wskazał, że:

- nie kwestionował w treści swoich wyjaśnień i nadal nie kwestionuje możliwości wyjaśnienia

rażąco niskiej ceny w przypadku ceny ryczałtowej (rozdziału XXI pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ", Przedmiar robót (załącznik nr 13 do SIWZ)

służy tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej na wykonanie w/w roboty budowlanej. Ilości podane w tym opracowaniu są orientacyjne i pomocnicze). Z kolei w treści rozdziale IV pkt 6 SIWZ zamawiający poinformował wykonawców, że Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią: dokumentacja projektowa - załącznik nr 11 do SIWZ oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych - załącznik nr 12 do SIWZ, z zastrzeżeniem; zdania następnego. Przedmiar robót (załącznik nr 13 do SIWZ) służy tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej na wykonanie w/w roboty budowlanej. Ilości podane w tym opracowaniu są orientacyjne i pomocnicze. Wykonawca powinien przed złożeniem oferty dokonać wizji lokalnej dla weryfikacji faktycznego zakresu prac. Wątpliwości budzi de facto zasadność zarzutu co do braku konkretnych wyjaśnień (dowodów) w postaci wyliczenia ceny, w istocie żądania przez zamawiającego kosztorysu ofertowego. Należy wskazać, że w analizowanym stanie faktycznym zamawiający na podstawie rozdziału XXIV pkt 3 SIWZ żądał przekazania kosztorysu przed zawarciem umowy, z którego wynikać będzie cena ofertowa. Kosztorys należy opracować tzw. metodą szczegółową, Do kosztorysu należy załączyć zestawienie materiałów i urządzeń użytych do realizacji zamówienia. (...).

- złożył konkretne wyjaśnienia nie zaś „jakichkolwiek wyjaśnienia". Wskazują one na sposób wyliczenia ceny oferty, zatem tezy z ww. wyroku SO w Warszawie są nietrafne w odniesieniu

do ocenianego stanu faktycznego;

- zaoferował cenę ryczałtową w sposób oczekiwany przez zamawiającego, na podstawie SIWZ wraz z załącznikami. Jest bowiem profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego. Zatrudnia m. in. do wykonywania czynności kalkulacji ceny oferty pracownika posiadającego uprawnienia budowlane z tytułem magistra inżyniera.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna z siedzibą w Krakowie, a po stronie odwołującego wykonawca PJM Invest sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kielcach.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 września 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- o oddalenie odwołania ze względu na jego bezpodstawność i brak naruszenia przepisów

Pzp;

- o oddalenie wniosku o powołanie biegłego na okoliczność realności oferowanej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę netto 2 896 931 ,36 tj. 678 549,50 euro i dokonał oszacowania wartości w miesiącu czerwcu 2020 r., biorąc pod uwagę ogólnodostępne wydawnictwa cenowe, dokonując rozpoznania rynkowego cen materiałów oraz wartość dotychczas złożonych ofert do postepowań, realizowanych w ramach projektu Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji. Według niego oferta odwołującego, jak i pozostałych wykonawców została poddana badaniu i ocenie, w tym pod kątem wykonania przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Cena złożonej oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Oczywiście można porównywać grupy ofert z różnych postępowań, a nie tylko z danego, konkretnego postępowania, w których dane oferty zostały złożone. W niniejszym postępowaniu cena oferty odwołującego była niższa o prawie 40% od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy (co do których cen ofert zamawiający miał wątpliwości) zostali wezwani na podstawie art. 90 ust 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu zamawiający zastosował przesłanki: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający zauważył, że biorąc od uwagę fakt, że wykonawcy nie byli zobowiązani do złożenia do oferty kosztorysu ofertowego a wpisywali jedynie cenę w formularzu ofertowym, treść wezwania musiała zawierać elementy wymienione w art. 90 ust. 1 Pzp. Wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art, 90 ust. 1 Pzp, zamawiający nie miał obowiązku wskazywać wykonawcy, jakie dokumenty lub inne dowody należy złożyć - leży to

po stronie i w interesie wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, że jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Zamawiający przywołał również wyroku z 14 marca 2017 r., o sygn. akt KIO 373/17.

Odnosząc się do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający zauważył, że odpowiadając na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca udzielił odpowiedzi o bardzo ograniczonej, lakonicznej wręcz zdawkowej treści. Wykonawca poinformował, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, gdyż uwzględnia wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, do kosztorysowania przyjęto stawkę roboczogodziny 18,00 zł netto, koszty pośrednie w wysokości 68%, zysk w wysokości 9%. Wykonawca poinformował, że wszystkie osoby będą zatrudnione na umowę o pracę (jako dowód przedstawił 4 zanonimizowane umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem). Powyższe wskazuje, że wykonawca przewiduje zrealizowanie przedmiotu zamówienia przy pomocy 4 pracowników, pracujących w odległości 120 km od siedziby firmy za minimalne wynagrodzenie za pracę. Wykonawca informuje, iż cena całkowita jest niższa tylko o 17,18% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, a pięć ofert złożono w cenie ok 2 500 000 zł. Dodatkowo wykonawca poinformował, że prowadzi działalność od 2006 r. i współpracuje z hurtowniami materiałów budowlanych. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji ceny (ani kosztorysu), nie poparł argumentami i nie udokumentował uzasadnienia swojego wyjaśnienia oraz nie przedstawił wiarygodnych dowodów mających wpływ na cenę oferty. Przedstawił jedynie ogólnikowe, skąpe, lapidarne, hasłowe informacje oraz dokument wystawiony przez firmę METBUD Kielce spółka z o.o. i podpisany przez Prezesa Zarządu z informacją udzielamy rabatu na poziomie 20-30% na wskazane w zapytaniu materiały. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał związku i wpływu złożonych wyjaśnień na cenę oferty.

Zdaniem zamawiającego odpowiedź ograniczała się do przedstawienia składników cenotwórczych prawdopodobnie hipotetycznie sporządzonego kosztorysu ofertowego na dzień składania ofert, gdyż odwołujący żąda dokonania na rozprawie dokonania symulacji kosztorysu. Na podstawie powyższego można wnioskować, że kosztorys ofertowy nie został sporządzony przez wykonawcę na etapie składania ofert skoro w treści odwołania cytuje zapisy SIWZ, zgodnie z którymi zobowiązany jest do przekazania kosztorysu przed zawarciem umowy na realizację zamówienia. Odwołujący kilka razy informuje Krajową Izbę Odwoławczą oraz zamawiającego o tym, jakim jest profesjonalnym podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą a nieprofesjonalnie podchodzi do wyjaśnień. Biorąc wyjaśnienia odwołującego pod uwagę widać, że jest to prawdopodobnie działanie pozorowane, służące jedynie uzyskaniu niniejszego zamówienia. Wykonawca złożył wyjaśnienia bez rzetelnej kalkulacji ceny, co więcej, posłując się ogólnikami. Cytuje w swoich wyjaśnieniach stawkę roboczogodziny w wysokości 18 zł, którą stosuje od 2018 roku (KIO 679/18). Informuje zamawiającego oraz KIO, że zatrudnia pracowników zapewniając im najniższe wynagrodzenie w wysokości 2600 zł brutto, co przy różnorodności prac (roboty ogólnobudowlane, roboty instalacyjne sanitarne i elektryczne) niniejszego zamówienia jest wartością wyjątkowo niską (dodatkowo wykonawca informuje tylko o 4 pracownikach), nie przedstawia w wyjaśnieniach ani w ofercie żadnej informacji o podwykonawcach ani innych czynnikach wykazanych w wezwaniu zamawiającego. Przekazanie informacji o zatrudnianiu pracowników za minimalne wynagrodzenie przy realizacji zamówienia świadczy o lekceważeniu zamawiającego, który jako jednostka rządowa terenowa zobowiązany jest do realizacji zamówień przy zachowaniu należytej staranności oraz poszanowaniem gospodarki finansowej, budzi też ewentualne zaniepokojenie, że pozostali pracownicy są zatrudniani „na czarno". Zamawiający wskazał, że nie może pozwolić sobie na kiepską jakość wykonywanych prac, a zatrudnianie pracowników za najniższe wynagrodzenie musi budzić wątpliwości co do jakości wykonywanych prac. Wiadomo, że najniższe wynagrodzenie stosowane jest przy zatrudnianiu pracowników z najniższymi kwalifikacjami. Dodatkowo informacja o zastosowanych stawkach w kosztorysie ofertowym oraz zatrudnianiu pracowników za minimalne wynagrodzenie, ani przewidywane rabaty 20-30% na hipotetyczne materiały (bez ich wyszczególnienia) nie ma żadnego przełożenia na złożone wyjaśnienia rażącej ceny, gdyż wykonawca w żaden sposób nie wykazał, jak te czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (nie uzasadnił ceny złożonej oferty). W tych okrojonych, ograniczonych do kilku zdawkowych informacji i zdań wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do elementów kalkulacji ceny, zastosowanych materiałów czy też przeznaczenia remontowanych budynków. Zamawiający zauważył, że wykonawca uczestniczył w oględzinach budynku, w którym między innymi znajdują się pomieszczenia magazynu wyposażenia policyjnego, a co za tym idzie szczególne warunki realizacji zamówienia (specyficzna stolarka i ślusarka), o odpowiedniej klasie bezpieczeństwa CR3 (W K3), co wiąże się z tym, że jest ona produkowana na specjalne zamówienie oraz tylko przez kilku producentów w Polsce, a ceny są kilkakrotnie wyższe niż standardowej i ogólnie dostępnej. Zamawiający zauważył również, że informacja o zastosowanych rabatach 20-30% na sprzedawane materiały nie jest niczym szczególnym w obrocie handlowym w obecnej sytuacji rynkowej (wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą w momencie zakupu w hurtowniach budowlanych otrzymują rabaty sięgające rzędu kilkudziesięciu nawet 40% od

cen katalogowych). Zamawiający uznał więc złożone wyjaśnienia za wyjaśnienia bez wartości merytorycznej.

Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie zamawiającego wyjaśnienia odwołującego nie mogły zostać uznane za wyczerpujące i szczegółowe. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz komentarzami art. 90 ust. 3 i 4 wskazują też na rozkład ciężaru dowodu przesłanki rażąco niskiej ceny. Otóż ciężar ten nie spoczywa na zamawiającym, lecz na wykonawcy, który powinien udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Żądając zatem wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1, zamawiający powinien też domagać się od oferentów dowodów na rzeczywiście niskie koszty oferowanego towaru lub usługi. Ciężar dowodu spoczywa więc na oferencie. Zamawiający ma obowiązek dokonania krytycznej oceny przedłożonych wyjaśnień, a to oznacza, że musi dokonać ich oceny merytorycznej z punktu widzenia zawartych w nich odpowiedzi na postawione przez siebie żądania. A zatem, przyjmując wyjaśnienia, które są niepełne lub niejasne albo nie na temat, dopuszcza się naruszenia art. 90 ust. 3. W przypadku gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów komentowanej ustawy w ogóle nie zostały złożone. Przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3, ma niezależny charakter od przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4. Przepis art. 90 ust 1-4 nie reguluje terminu wystąpienia z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający powinien to uczynić przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty.

Zamawiający zauważył, że odwołujący złożył również ofertę w zad. nr 2, w którym zakres robót, wartość szacunkowa i kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia są tożsame z zad. 1. Cena oferty odwołującego w zad. 2 jest o 848 700,00 zł wyższa (oferta jest jedną z najdroższych), co uprawdopodabnia fakt, że odwołujący nie dokonał wyceny oferty w zad. 1, ani w zad. 2. Brak jest wytłumaczenia faktu tak dużej różnicy w cenie tego samego wykonawcy przy zastosowaniu tych samych materiałów. Odnosząc się do wniosku o powołanie biegłego zamawiający stwierdził, że nie znajduje on żadnego uzasadnienia. Cena została określona jako rażąco niska, co znajduje potwierdzenie ww. orzecznictwie. W takiej sytuacji opinia biegłego jest bezprzedmiotowa.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca zarzucił mu, iż nie został wezwany do ponownych wyjaśnień. Zamawiający wzywa wykonawcę do kolejnych wyjaśnień, jeżeli ma wątpliwości co do treści uzyskanych wcześniej informacji. Natomiast w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia niczego nie wyjaśniają, nie rozwiewają wątpliwości zamawiający nie może wezwać wykonawcy do kolejnych wyjaśnień. Należy jednak stwierdzić, iż uprawnienie do wezwania do kolejnych wyjaśnień nie przysługuje wykonawcy, który wyjaśnień w ogóle nie złożył. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, musi mieć na uwadze, że jeżeli nie złoży wyjaśnień, jego oferta zostanie odrzucona. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym wypadku. Wykonawcy wydaje się, że jego wyjaśnienia są wyczerpujące, a tymczasem są zlepkiem zdań pełnych ogólników, bez żadnego uzasadnienia i treści. Takich wyjaśnień zamawiający nie może przyjąć jako wystarczających i tym samym wyczerpujących w materii złożonej ceny oferty.

W ocenie zamawiającego przepisy Pzp oraz prawa unijnego nie zawierają regulacji stanowiącej wprost, że zamawiający nie może wystąpić o wyjaśnienia więcej niż jeden raz. Można z tego a contrario wnioskować, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne. W piśmiennictwie przyjmuje się, że jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów.

Również za chybiony należy uznać krótki czas na złożenie wyjaśnień. Odwołujący jako dowód przedstawia wydruk z platformy zamawiającego o szybkie udzielenie wyjaśnień. Zamawiający poinformował, iż cytowany tekst jest regułą/formułą systemową, przysyłaną przez platformę eB2B w momencie, gdy wykonawcy składają pytania/informacje do postępowania, uzupełnienia ofert oraz gdy zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień. W załączeniu wydruki z innych postepowań informacje od wykonawców o złożonych pytaniach lub dokumentach.

Odnosząc się do zarzutu, że termin na złożenie wyjaśnień był zbyt krótki zamawiający zauważył, że żaden z wezwanych wykonawców nie kwestionował wyznaczonego terminu (nie uczynił tego również odwołujący). Zauważyć należy, że odwołujący uczestniczył w oględzinach budynku, dokładnie znał zakres planowanych prac. Wykonawca, który jak sam podkreśla jest profesjonalnym wykonawcą nie wykazał w wyjaśnieniach żadnej wzmianki związanej z wyznaczonym terminem, nie wnioskował do zamawiającego o jego wydłużenie. Stąd tez termin wyznaczony 1 dnia do złożenia wyjaśnień jest realny i obiektywny, stwarzał możliwość złożenia wyjaśnień w żądanym zakresie (uchwała KIO z 18 maja 2017 r. sygn. KIO/KD/18/17). Sam odwołujący nie zachował profesjonalizmu i należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień. Jako profesjonalny wykonawca składając ofertę w postepowaniu o

tak znacznej wartości powinien mieć przygotowany kosztorys, kalkulacje robót, wyceny od dostawców. Trudno uznać, że odwołującemu nastręcza trudność przesłanie wyjaśnień w formie kosztorysu, tym bardziej, że postępowanie niniejsze jest prowadzone w wersji elektronicznej (czynność ta nie wymaga więc ponoszenia żadnych kosztów - wykonawca nie musi drukować dokumentu, nie musi wysyłać go kurierem bądź pocztą). Dodatkowo wręcz nielogiczne jest informowanie zamawiającego o zastosowanych czynnikach cenotwórczych a nieprzedstawienie kosztorysu w wyjaśnieniach. Przekazanie kosztorysu wydaje się zamawiającemu rzeczą najbardziej wiarygodną logiczną i nie wymagającą dodatkowych przygotowań. Dodatkowo w związku z faktem, iż termin realizacji robót budowlanych jest bardzo ograniczony, a w zakresie są roboty elewacyjne, wymiana dachu, stolarki i ślusarki oraz centralnego ogrzewania i konieczne jest wykonywanie tych robót w określonym reżimie technologicznym, temperaturach i terminie, wykonawca winien jako profesjonalny uczestnik zamówień być przygotowany na złożenie wyjaśnień, tym bardziej, że złożył ofertę z najniższą ceną, odbiegającą prawie 40% od wartości zamówienia. Co więcej o fakcie złożenia oferty z najniższą ceną dowiedział się już w dniu 21 lipca 2020 r., mógł więc spodziewać się wezwania do wyjaśnień, które otrzymał kilka dni później. Odwołujący najwyraźniej uznał, że zamawiający bezkrytycznie uzna ofertę z najniższą ceną za najkorzystniejszą i zaniecha jakichkolwiek wyjaśnień.

Dodatkowo zamawiający zauważył, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wykonawca był zobowiązany do wyjaśnień związanych z uzyskaną pomocą publiczną (np. związaną z COVID-19), czego wykonawca nie uczynił. Przywoływanie zatem tego argumentu w odwołaniu jest spóźnione i chybione. Wykonawca informuje również zamawiającego, że kosztorys jest przygotowany profesjonalnie gdyż został przygotowany przez osobę będącą mgr inż. i posiadającą uprawnienia budowlane. Można odnieść wrażenie, że odwołujący uważa, że tylko osoby posiadające tytuł mgr inż. z uprawnieniami budowlanymi potrafią dokonać wyceny. Takie podejście można potraktować jako ciekawostkę. Zamawiający zauważa, że na rynku istnieją różne programy kosztorysowe, do korzystania z których nie trzeba mieć wykształcenia wyższego i uprawnień budowlanych. Samo sporządzanie kosztorysu w wersji elektronicznej jest czynnością dość monotonną i mechaniczną, polega na wczytaniu/wprowadzeniu pozycji katalogowych i cen (często z zakupionych baz cenowych, z który ceny są „zaciągane" a dokonywanie wyceny przez mgr inż. z uprawnieniami nie gwarantuje poprawności jego realizacji).

W odniesieniu do przystąpienia przystępującego do odwołania po stronie odwołującego, zdaniem zamawiającego nie wykazał on swojego interesu. Jego oferta została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, a w dodatku wartość oferty plasowała ją na 5 miejscu. Dlatego w ocenie zamawiającego brak jest jakiegokolwiek interesu po stronie przystępującego do odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę wniosek o oddalenie odwołania zamawiający uznał za zasadny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „przystępującym").

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy PJM Invest sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kielcach, który zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone

kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta wykonawcy PJM Invest sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kielcach została „ostatecznie" odrzucona tj. zamawiający w dniu 30 lipca 2020 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i wykonawca ten od tej czynności się nie wniósł odwołania.

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej „dyrektywą odwoławczą" Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z

prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 Technische Gebaudebetreuung i Caverion Osterreich Trybunał orzekł, że Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, ze nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na

mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postepowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

Izba wzięła pod uwagę powyżej cytowane przepisy i stanowiska oraz nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką wykonawca PJM Invest sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kielcach miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść odwołującego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;

- oferty odwołującego;

- wezwania do wyjaśnień z dnia 23 lipca 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

- odpowiedzi odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 24 lipca 2020 r. wraz z załącznikiem;

- informacji o wyniku postępowania dla zadania nr 1 z dnia 30 lipca 2020 r. wraz z informacją o odrzuceniu oferty odwołującego z uzasadnieniem;

2) załączonych do odpowiedzi na odwołanie:

- wydruku z postępowania - ZP.57.2020 22 lipca 2020 08:52;

- wydruku z postępowania - ZP.37.2020 3 lipca 2020 15:18;

- wydruku z postępowania - ZP.45.2020 14 lipca 2020 17:39.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia zawnioskowanego przez odwołującego dowodu z opinii biegłego w zakresie kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność realności oferowanej ceny za przedmiotowe zamówienie przy wypełnieniu kosztorysu na podstawie złożonych zamawiającemu wyjaśnień przez odwołującego.

Izba uznała, że stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący.

W przedmiotowym stanie sprawy odwołujący nie uszczegółowił swojego wniosku, a skład orzekający nie miał wątpliwości wymagających powołania biegłego w związku z tym stanął na stanowisku, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwoli na merytoryczne rozpoznanie odwołania.

W związku z powyższym, przy uwzględnieniu materiału dowodowego w postaci zebranej w przedmiotowej sprawie dokumentacji oraz stanowisk stron i uczestników postępowania, Izba uznała, że dopuszczenie wniosku dowodowego z opinii biegłego doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego, tym samym mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 190 ust. 6 Pzp, oddaliła przedmiotowy wniosek dowodowy.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem IV pkt g SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią: dokumentacja projektowa - załącznik nr 11 do SIWZ oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych - załącznik nr 12 do SIWZ, z zastrzeżeniem; zdania następnego. Przedmiar robót (załącznik nr 13 do SIWZ) służy tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej na wykonanie w/w roboty budowlanej. Ilości podane w tym opracowaniu są orientacyjne i pomocnicze. Wykonawca powinien przed złożeniem oferty dokonać wizji lokalnej dla weryfikacji faktycznego zakresu prac. Natomiast z rozdziału XXIV pkt 3 SIWZ wynikało, że Przed zawarciem umowy Wykonawca jest zobowiązany przekazać Zamawiającemu kosztorys, z którego wynikać będzie cena ofertowa. Kosztorys należy opracować tzw. metodą szczegółową. Do kosztorysu należy załączyć zestawienie materiałów i urządzeń użytych do realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2020 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) w zakresie rażąco niskiej odnośnie zadania nr 1. Zamawiający w treści wezwania de facto zacytował treść art. 90 ust. 1 Pzp oraz wyznaczył termin na ich złożenie do dnia 24 lipca 2020 r. do godz. 14:00.

Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 24 lipca 2020 r., w którym wskazał, że zaoferowana cena ryczałtowa w kwocie 2 263 200,00 zł za wykonanie robót budowlanych dot. zadania nr 1 nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ:

1) uwzględnia wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w rozdziale XXI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a do podstaw jej kalkulacji przyjęto następujące założenia bazy kosztorysowej:

1. stawkę roboczogodziny: 18,00 zł netto (powyżej minimalnej stawki w kwocie 17,00 zł brutto określonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., Dz. U. z 2019 roku, poz. 1778),

2. koszty pośrednie [Kp] - 68 %

3. zysk [Z] - 9 %

2) odzwierciedla realne koszty pracy, tj.: zgodnie z postanowieniem § 11 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) wszystkie osoby przewidziane do wykonania czynności niezbędne do realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę z zagwarantowaniem minimalnego wynagrodzeniem w kwocie 2 600,00 zł brutto określonego

ww. rozporządzeniem Rady Ministrów (dowód: załącznik nr 1 - zanonimizowane 4 umowy o pracę),

3) cena całkowita oferty jest niższa tylko o 17,18 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co powoduje iż plasuje się poniżej od 30 % wskaźnika określonego w

przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp,

4) na siedem złożonych ofert, aż pięć z nich zawiera cenę w granicach średniej wynoszącej ok. 2 500 000,00 zł. Wynika to z urealnienia przez potencjalnych wykonawców kosztów realizacji robót budowlanych w okresie ostatnich kilku miesięcy br. i analizy przez nich rynku zamówień publicznych,

5) jesteśmy firmą budowlaną funkcjonującą na rynku od 2006 r. dlatego też współpracujemy z hurtowniami materiałów budowlanych, od których uzyskujemy rabaty i upusty sięgające 20-30 %. Załączam pismo z firmy zawierające informacje o stosowanych dla naszej spółki rabatach/upustach (dowód: załącznik nr 2 - pismo firmy Metbud Kielce Sp. z o.o.),

Do przedmiotowych wyjaśnień zostały załączone dowody wskazane powyżej w cytowanym fragmencie wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla zadania nr 1. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępujacego. W przedmiotowym piśmie została podana także informacja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wraz z uzasadnieniem.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp -Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że okolicznością bezpośrednio wynikającą z treści postanowień SIWZ oraz bezsporną pomiędzy stronami było to, że wynagrodzenie jakie wykonawcy wskazywali w treści formularza ofertowego miało charakter ryczałtowy. Zgodnie z treścią SIWZ, wybrany wykonawca, powinien złożyć kosztorys z którego wynikać będzie cena ofertowa przed zawarciem umowy.

Kolejną okolicznością wymagającą wskazania była treść wezwania do wyjaśnień jaką zamawiający skierował do odwołującego w dniu 23 lipca 2020 r. W ocenie składu orzekającego wezwanie to było ogólnikowe i co do meritum stanowiło powtórzenie treści art. 90 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 Pzp. Nie sposób też nie odnieść się do terminu zakreślonego przez zamawiającego do złożenia przez odwołującego wyjaśnień wraz z dowodami. Jak wskazano powyżej termin ten został wyznaczony na dzień 24 lipca 2020 r. na godz. 14:00, co oznacza, że odwołujący miał 1 dzień na złożenie wyjaśnień. Izba stwierdziła, że tak wyznaczony termin na złożenie wyjaśnień w okolicznościach przedmiotowej sprawy był zbyt krótki, szczególnie mając na uwadze treść wezwania, która w związku z brakiem ich skonkretyzowania oznaczała dla odwołującego konieczność przygotowania odpowiedzi w zakresie całego przedmiotu zamówienia, ponieważ nie mógł on wiedzieć jakie konkretnie koszty lub części składowe składające się na cenę globalnie budziły wątpliwości zamawiającego.

Odwołującemu udało się złożyć wyjaśnienia w zakreślonym przez zamawiającego terminie. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał następujące składniki cenotwórcze:

- koszty pośrednie na poziomie 68%;

- zysk z przyszłego kontraktu na poziomie 9%;

- stawkę roboczogodziny.

Ponadto w wyjaśnieniach zawarł dalsze wyjaśnienia odnoszące się do okoliczności przedmiotowej sprawy oraz załączył dowody dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę oraz pismo z dnia 24 lipca 2020 r. w formie informacji o korzystaniu z rabatów na materiały niezbędne do realizacji zamówienia na poziomie 20-30%.

Rozpoznając przedmiotową sprawę skład orzekający wyszedł z założenia, że jakkolwiek ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawcy ze złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokładnych, wyczerpujących i uzasadnionych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to rozstrzygnięcie powinno uwzględniać wszystkie okoliczności wpływające na możliwości wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie okoliczności opisane powyżej tj. treść wezwania oraz termin na

złożenie wyjaśnień determinowały możliwości wykonawcy do ich złożenia. W ocenie składu orzekającego odwołujący starał się z dość krótkim czasie złożyć stosowne wyjaśnienia, prezentując wszystkie informacje, które w jego ocenie pozwolą mu rozwiać wątpliwości zamawiającego co do ceny. W wyniku braku szczegółowych informacji zakreślonych w wezwaniu odwołujący nie mógł wiedzieć jakich konkretnie informacji wymagał zamawiający. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że odwołujący w wyjaśnieniach nie podał elementów kalkulacji ceny, zastosowanych materiałów czy też przeznaczenia remontowanych budynków. Należy przy tym podkreślić po raz kolejny, że zamawiający nie wymagał wskazania ww. elementów w swoim wezwaniu, zatem odwołujący mógł dojść do przekonania, że budzą one wątpliwości zamawiającego lub złożone w takim charakterze wyjaśnienia będą wystarczające. Jeśli zaś chodzi o samą kalkulację to w ocenie składu orzekające dla odwołującego mogła być myląca okoliczność, że skoro zamawiający wymaga kosztorysu dopiero przed zawarciem umowy to na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wystarczające będą wyjaśnienia poparte dowodami.

Reasumując Izba uznała, że trudno było uznać, aby wyjaśnienia odwołującego rozwiewały wszystkie wątpliwości zamawiającego, ale w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było ich pominąć i uznać za niebyłe, co oznacza, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp była co najmniej przedwczesna. W związku z tym w ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut podniesiony w odwołaniu, tym samym czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1 należy unieważnić. Jak wynika z sentencji orzeczenia Izba nie nakazywała zamawiającemu ponownego wezwania odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, pozostawiając tę kwestię do uznania zamawiającego w ramach powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu odnośnie zadania nr 1. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, iż nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku kiedy pierwotnie przedłożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. Jeśli zamawiający dojdzie do przekonania, że wyjaśnienia odwołującego wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia, powinien z takim konkretnym i dokładnym wezwaniem zwrócić się do odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: .....