Sygn. akt: KIO 1835/20

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51A, 81-571 Sopot w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Gdański, ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański, przy udziale wykonawcy B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wykonawcy B. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowo-Handlowe WANT S.C., WANT Sp. z o.o., z siedzibą w Tczewie - do złożenia dodatkowych wyjaśnień w postaci szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, uwzględniającej warunki realizacji zamówienia przedstawione przez ww. wykonawców w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2020 r.; w zakresie pozostałych zarzutów - oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Powiat Gdański, ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51A, 81-571 Sopot tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Powiat Gdański, ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański na rzecz wykonawcy Most sp. z o.o., ul. Kujawska 51A, 81-571 Sopot stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1835/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Powiat Gdański z siedzibą w Pruszczu Gdańskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Przebudowa obiektu mostowego w ciągu drogi powiatowej nr 1929G ul. Przemysłowa w Kolbudach". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2020 r., pod numerem 553591-N-2020.

Wykonawca: Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, a tym samym zaniechania odrzucenia tej oferty oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowo-Handlowe WANT s.c., WANT sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył w szczególności następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B&W oraz oferty Konsorcjum WANT, mimo, że ceny ofert tych wykonawców są rażąco niskie, zaś Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust 3 Pzp dopełnił procedury oceny wyjaśnień w zakresie ceny ofert wyłącznie w sposób formalny, bez prowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców, pomimo, iż żaden z wykonawców nie wykazał, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B&W oraz oferty Konsorcjum WANT pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy B&W oraz wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny oraz Konsorcjum WANT, pomimo że wykonawcy przedstawili w formularzu ofertowym informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; oferty tych wykonawców jako wykluczonych z postępowania, Zamawiający winien był uznać za odrzucone na podstawie art. 24 ust 4 Pzp;

4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w niniejszym odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, a w konsekwencji, wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest zainteresowany jego uzyskaniem. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym może on ponieść szkodę. Na skutek wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B&W oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WANT pomimo, że obie te oferty zawierają rażąco niskie ceny, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa obiektu

mostowego w ciągu drogi powiatowej nr 1929G ul. Przemysłowa w Kolbudach. Zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z Rozdziałem 1 pkt 1 SIWZ obejmuje:

- Przygotowanie drogi objazdowej drogami wewnętrznymi wraz z organizacją ruchu;

- Przebudowę istniejącego obiektu mostowego,

- Przebudowę układu drogowego wraz z budową konstrukcji towarzyszących .

- Przebudowę urządzeń odwodnienia drogi

- Przebudowę urządzeń teletechnicznych;

- Przebudowę urządzeń elektroenergetycznych w tym : Oświetlenie drogowe i przebudowa linii napowietrznej i telekomunikacyjnej;

- Budowę kanału technologicznego.

Szczegółowy opis projektowych rozwiązań technicznych znajduje się w dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej załącznik do SIWZ. Dodatkowe obowiązki wykonawcy zostały wskazane w Rozdziale 1 pkt 1 ppkt 2 SIWZ i dotyczą m.in. zapewnienia obsługi geodezyjnej i geologicznej, ewentualnego zapewnienia obsługi archeologicznej, wycinki drzew w osłonie ornitologicznej itd.

W Rozdziale 8 pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Cena oferty będzie ryczałtem zgodnie z art. 632 ustawy z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny. W związku z powyższym, cena oferty musi zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, opłaty i należności związane z wykonaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami wynikającymi z projektów budowlanych, wykonawczych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w tym m.in.:

1) koszty materiałów podstawowych i pomocniczych, w tym koszty transportu oraz koszty

ich badań jakościowych;

2) koszty najmu i utrzymania sprzętu budowlanego;

3) koszty zatrudnienia personelu kierowniczego, technicznego, administracyjnego;

4) koszty tymczasowego oznakowania terenu budowy i terenów przyległych;

5) wykonania projektu BIOZ dla wszystkich realizowanych robót;

6) robót przygotowawczych, porządkowych , utrzymania placu i zaplecza budowy wraz z jego późniejszą likwidacją, zaopatrzenia w wodę, w energię, dojazdu do placu budowy, zabezpieczenia majątku i bezpieczeństwa na terenie budowy, ogrodzenia i ubezpieczenia budowy;

7) wywozu nadmiaru gruntu oraz materiału z rozbiórki na odległość co najmniej 10 km wraz z utylizacją;

8) przekopów kontrolnych w celu lokalizacji uzbrojenia lokalnego;

9) pełnej obsługi geodezyjnej wraz z inwentaryzacją powykonawczą;

10) wykonanie dokumentacji powykonawczej;

11) odszukania i regulacji istniejących urządzeń wod - kan, teletechnicznych, gazowych, energetycznych;

12) odwodnienia wykopów, ewentualnego pompowania wody, zagęszczenia gruntu;

13) zabezpieczenia budowy w obsługę saperską na wypadek odkrycia ładunków wybuchowych;

14) zabezpieczenia budowy w obsługę archeologiczną;

15) koszty z wynajmu, eksploatacji agregatów prądotwórczych na wypadek awarii instalacji elektrycznej w trakcie realizacji robót budowlanych;

16) koszty utylizacji materiałów budowlanych;

17) koszty związane z odbiorami robót;

18) koszty związane z serwisem gwarancyjnym w okresie gwarancji i rękojmi;

19) doprowadzenie terenu do stanu pierwotnego po zakończeniu robót;

20) koszty związane z demontażem, naprawą i montażem ogrodzeń posesji oraz innych uszkodzeń obiektów istniejących i elementów zagospodarowania terenu oraz wypłat odszkodowań (rekompensat) na rzecz osób trzecich z tytułu wniesionych roszczeń, a mających związek z wykonawstwem robót budowlanych na realizowanej inwestycji oraz inne koszty wynikające z umowy;

21) wszystkie inne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i prawnymi.

Dodatkowo Zamawiający doprecyzował, że przedmiar robót (załącznik nr 5 do SIWZ) nie stanowi podstawy wyceny oferty, jest dokumentem pomocniczym dla wykonawcy, zaś cena winna być zaoferowana, jako cena kompletna, jednoznaczna i ostateczna.

Podstawą określenia ceny oferty były postanowienia SIWZ oraz Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (załącznik nr 5 do SIWZ).

Wykonawcy nie byli zobowiązani do przedkładania wraz z ofertą kosztorysu ani też wyceny odrębnie jakichkolwiek elementów zamówienia. Formularz oferty zawierał jedynie informację na temat całkowitej ceny netto i brutto oferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy B&W oraz Konsorcjum WANT, mimo,

że ceny ofert tych wykonawców są rażąco niskie, a złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia są niewystarczające.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp oferta podlega odrzuceniu w przypadku, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty lub gdy ocena złożonych wraz z dowodami wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia, tj. realizacji zamierzenia budowalnego oraz konieczności zaoferowania ceny ryczałtowej, wskazać należy, że wycena zamówienia musi obejmować wszystkie jego elementy i powinna odpowiadać rynkowej wartości zamówienia. Zaistnienie przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1, tj. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust.1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, prowadzi do ustanowienia domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W przedmiotowym stanie faktycznym takie domniemanie zaistniało, bowiem ceny brutto oferty zarówno wykonawcy B&W, jak i Konsorcjum WANT były odpowiednio, aż o 56,42 % (B&W) i 55,80 % (WANT) niższe niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. W tej sytuacji jedynie złożenie wyjaśnień obalających domniemanie zaoferowania przedmiotu zamówienia po cenie rażąco niskiej mogło uchronić ww. wykonawców przed odrzuceniem ich ofert. Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny leży po stronie wykonawcy na mocy art. 90 ust 2 Pzp, przy czym wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, lakonicznego, muszą faktycznie prowadzić do udowodnienia, że za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie nie ponosząc straty. Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny:

- być konkretne, odnosić się do przedmiotu zamówienia, nie mogą mieć charakteru ogólnego;

- rzetelne i przekonujące,

- odnosić się do wartości ekonomicznych (np. zawierać kalkulacje ceny oferty)

- wskazywać okoliczności wyjątkowe dla danego wykonawcy pozwalające na uzyskanie oszczędności, nie zaś okoliczności właściwe wszystkim lub części wykonawców biorących udział w postępowaniu;

- być kompletne, tj. obejmować wszystkie elementy kosztotwórcze;

- zawierać dowody na potwierdzenie okoliczności powołanych w wyjaśnieniach.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym wskazanych wyżej wymogów nie spełniają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę B&W ani też Konsorcjum WANT.

Rażąco niska cena oferty wykonawcy B&W

Odwołujący wskazał, że wobec objęcia załączników do wyjaśnień wykonawcy B&W tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy na temat treści tych dokumentów. Biorąc jednak pod uwagę praktykę rynkową, własną wiedzę oraz poziom ceny zaoferowanej przez Konsorcjum B&W, a także jawną część wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez B&W są niewystarczające i nie mogą potwierdzać możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Brak jest obiektywnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu aż o ponad 56% od szacunkowej wartości zamówienia. Jak wynika z kalkulacji dokonanej przez Odwołującego, kwota 4 074 049,05 zł brutto jest najniższą kwotą pokrywająca wszystkie koszty realizacji zamówienia bez straty po stronie wykonawcy. W takiej sytuacji nie jest możliwe, aby zaoferowana przez tego wykonawcę cena w kwocie 3 535 180,00 zł brutto była kwotą realną. Wykonawca ten nie przedstawił ponadto żadnych przekonujących dowodów ani nie wykazał okoliczności, które potwierdzałyby realność takiej ceny. Odwołujący przedstawił w załączeniu do odwołania kalkulację minimalnych kosztów realizacji zamówienia.

Ponadto, w przypadku wykonawcy B&W nie zachodzą żadne szczególne okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwalają wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Ewentualne okoliczności związane z obecnym kryzysem gospodarczym oraz koniecznością zapewnienia ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa, a także zniżką cen na rynku są tożsame dla wszystkich wykonawców działających na rynku budowlanym. Kwestia zatrudniania ponad 150 pracowników również nie może stanowić okoliczności powodującej możliwość obniżenia ceny z uwagi na brak konieczności zatrudnienia podwykonawców. Nawet bowiem biorąc pod uwagę wycenę realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców, cena oferty wykonawcy B&W jest ceną niewiarygodną.

Co więcej, wykonawca B&W nie jest w stanie zrealizować zamówienia całkowicie samodzielnie i zmuszony będzie skorzystać z pomocy podwykonawców. Zgodnie bowiem z najlepszą wiedzą Odwołującego, prace takie jak wykonanie ścian szczelinowych, gdzie wymaga się zastosowania specjalistycznej szczeliniarki, której wykonawca B&W nie posiada (posiada go tylko kilka firm w Polsce) oraz wytworzenie konstrukcji stalowej (żaden w ww. wykonawców nie posiada wytwórni konstrukcji stalowej ze stosownymi certyfikatami uprawniającymi do wytworu stalowych konstrukcji mostowych - wymaganie wskazane w Specyfikacji Technicznej ST M-23.05.00 „Ustroje stalowe" pkt 5.1.1.: „Wymagania w stosunku do Wytwórcy stalowych konstrukcji mostowych i Wykonawcy montażu. Wykonawca powinien posiadać aktualne świadectwo (certyfikat), wydane przez Komisję Kwalifikacyjną IBDiM kwalifikujące Wykonawcę do realizacji (wytwarzanie i montaż) stalowych konstrukcji mostowych; lub powinien zatrudnić podwykonawców (wytwarzanie, montaż) posiadających w/w uprawnienia") wymagają bezwzględnego udziału podwykonawców. W tym zakresie wykonawca B&W, w wyjaśnieniach z 22.07.2020 r. złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, jeśli chodzi o bliskość siedziby wykonawcy do miejsca realizacji zamówienia, a tym samym dysponowania pracownikami i sprzętem na miejscu, to Odwołujący również znajduje się w takiej sytuacji, co jednak nie wpłynęło na możliwość obniżenia jego ceny do tak niskiego poziomu. Podobnie, okoliczności związane z wieloletnim funkcjonowaniem na rynku i doświadczeniem wykonawcy nie są w żaden sposób wyjątkowe. Każdy doświadczony wykonawca, mający na swoim koncie szereg zrealizowanych projektów mostowych, posiada stałych dostawców materiałów i urządzeń, własny sprzęt budowlany, a także potrafi prowadzić racjonalną politykę kosztową i zarządzać realnymi (a nie tylko iluzorycznymi) ryzykami. Również okoliczności, takie jak dobra kondycja finansowa potwierdzona opinią bankową, nie mogą uzasadniać możliwości zaoferowania tak niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto, organizacja robót i tempo prac również nie stanowią okoliczności pozwalającej na obniżenie ceny. Każdy doświadczony podmiot, biorąc pod uwagę krótki termin realizacji zamówienia, będzie zmuszony do zastosowania wszelkich środków, aby ukończyć inwestycję w terminie. Natomiast dobre planowanie i optymalizacja kosztów działalności stanowią typowy argument w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, a stwierdzenie to w zasadzie pozbawione jest konkretnej treści. Dodatkowo, wobec specyfiki niniejszego zamówienia istnieje duże prawdopodobieństwo, że wykonawca B&W pominął pewne istotne kwestie związane z jego realizacją i nie ujął w cenie oferty, np. konieczności prowadzenia robót w systemie pracy wielozmianowej oraz w dni wolne od pracy.

Odwołujący podniósł, że wykonawca B&W nie przedstawił wystarczających dowodów, na podstawie których można stwierdzić, że zaoferowana cena jest ceną realną. Zgodnie z listą załączników do pisma z dnia 22 lipca 2020 r., wykonawca ten przedstawił wykaz sprzętu, opinie bankową oraz referencje z zakresu branży drogowej. Żaden z tych dokumentów nie ma

w zasadzie wpływu na cenę oferty wykonawcy. Potwierdzają one co najwyżej dobrą kondycję finansową, dysponowanie sprzętem oraz doświadczenie. Wykonawca nie przedstawił nawet kalkulacji ceny oferty, nie wspominając o udokumentowaniu kosztów realizacji zamówienia. Dlatego Zamawiający nie miał szansy zweryfikowania, czy faktycznie cena oferty obejmuje kompletną realizację przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę z pewnością nie są wystarczająco precyzyjne, szczegółowe oraz wyczerpujące, a na pewno nie wskazują na żadne konkretne i szczególne okoliczności mogące wpłynąć na możliwość obniżenia ceny. Zamawiający nie dokonał zatem rzetelnej oceny wyjaśnień, weryfikując tylko formalnie, że „jakieś" wyjaśnienia zostały złożone. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy B&W nie mogą zostać uznane za wystarczające do uznania ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę za realną.

Odwołujący przedłożył kalkulację minimalnej ceny oferty, tj. ceny poniżej której realizacja zamówienia musi prowadzić do straty finansowej po stronie wykonawcy. Jest to wycena zakładająca wykonanie wszystkich robót, w tym robót branżowych i specjalistycznych siłami własnymi, zatem bez zysku podwykonawców. Kwota brutto, która powstaje w wyniku zsumowania wszystkich kosztów wynosi 4 074 049,05zł, czyli w dalszym ciągu jest wyższa od kwoty zaoferowanej przez firmę B&W (3 535 180,00zł brutto) o kwotę 538 869,05 zł brutto. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z pewnością nie uzasadniają możliwości obniżenia ceny o ponad 530 000 zł brutto.

Rażąco niska cena oferty Konsorcjum WANT

W odniesieniu do ceny oferty Konsorcjum WANT Odwołujący podniósł, że wskutek złożonych wyjaśnień, wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny swojej oferty. Cena tej oferty jest aż o 55,8% niższa od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o VAT.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum WANT w dniu 22 lipca 2020 r. są typowymi wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę wyłącznie w celu formalnego uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego. Są ogólne, lakoniczne, pozbawione konkretnych treści i całkowicie nieprzekonywujące. Wykonawca w zasadzie ograniczył się do:

- oświadczenia, iż wycena oferty obejmuje wszystkie elementy zamówienia;

- oświadczenia, że wycena została przeprowadzona przez wykwalifikowanych kierowników;

- analizy cen złożonych w postępowaniu ofert;

- wskazaniu, że bliskość siedziby wykonawcy do miejsca inwestycji odgrywa istotną rolę;
- wskazania bogatego doświadczenia;

- wskazania, że fakt, iż konsorcjanci są małymi przedsiębiorcami pozwala na ponoszenie niższych kosztów.

Wobec takiej treści wyjaśnień złożonych na wezwanie z art. 90 ust 1 Pzp nie może być mowy o wykazaniu przez Konsorcjum WANT realności ceny oferty. Konsorcjum WANT nie przedłożyło również żadnego dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń wyrażonych w wyjaśnieniach ani też nie przedstawiło kalkulacji ceny swojej oferty. Żadne z przywołanych w piśmie okoliczności nie stanowią w rzeczywistości podstawy możliwości obniżenia ceny oferty do tak niskiego poziomu. W szczególności, w przypadku robót budowlanych najistotniejszymi elementami kosztotwórczymi są materiały, sprzęt oraz koszty robocizny. Ani bliskość siedziby wykonawcy, ani bogate doświadczenie, czy nawet niższe koszty utrzymania kadry nie powodują możliwości obniżenia ceny oferty aż o ponad 500 000 zł brutto (w stosunku do minimalnej, wyliczonej przez Odwołującego ceny realizacji zamówienia).

Odwołujący wskazał, że pomimo, że Konsorcjum WANT nie wskazało w ofercie podwykonawców, przy udziale których zrealizuje zamówienie, to podobnie jak wykonawca B&W z pewnością będzie korzystał w pomocy podwykonawców, co najmniej w zakresie wykonania ścian szczelinowych i konstrukcji stalowych. Dodatkowo Konsorcjum WANT nie posiada sprzętu do wykonania robót nawierzchniowych - rozścielaczy i walców i w tym zakresie również będzie zmuszony korzystać pomocy podwykonawców, co bez wątpienia podnosi koszt realizacji zamówienia. Tym samym Konsorcjum WANT bez wątpienia nie wykazało, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę nie ponosząc straty, że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, nakładem pracy i materiałów oraz terminem wykonania, co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający, dokonując oceny ofert, ma obowiązek zbadać, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 i nast. uznk). Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 22.10.2007 r. (III CKN 271/01), przepis art. 3 ust. 1 może stanowić samodzielną podstawę prawną do określenia czynu nieuczciwej konkurencji.

Dobre obyczaje, to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Taką wykładnię art. 3 ust. 1 ZNKU Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w wyroku z 21.04.2017 r. (KIO 679/17). W wyroku z 14.01.2015 r. (KIO 2734/14).

Czynem nieuczciwej konkurencji jest również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji

innych przedsiębiorców z rynku (art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk).

Odwołujący podniósł, że złożenie oferty przez wykonawcę B&W oraz Konsorcjum WANT stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie ofert skalkulowanych znacznie poniżej rzeczywistych minimalnych kosztów realizacji zamówienia nakierowane jest na wyeliminowanie z rynku Odwołującego, który skalkulował ofertę w sposób rzetelny, realny i adekwatny do wymagań określonych dla prac objętych poszczególnymi pozycjami kosztorysu oraz ewidentnie narusza dobre obyczaje, interes klienta, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający. Ceny obu ofert zaniżone są w takim stopniu, że nie jest w tej cenie możliwe należyte wykonanie prac. Wykonawcy ci oferują wykonanie zamówienia poniżej kosztów jego realizacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

B&W oraz Konsorcjum WANT, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Wykonawca B&W w pkt 8 oferty wskazał, że wykona zamówienie bez udziału podwykonawców. Dodatkowo, w wyjaśnieniach na str. 3 powołał tę okoliczność, jako argument skutkujący możliwością obniżenia ceny oferty.

Oba powyższe oświadczenia nie są prawdziwe i wprowadzają Zamawiającego w błąd. Jak wskazano powyżej, wykonawca zamówienia zobowiązany będzie do wykonania ścianek szczelinowych oraz konstrukcji stalowych. Wykonawca B&W nie dysponuje sprzętem, za pomocą którego możliwe jest wykonanie ww. robót ani wymaganych kwalifikacji. Zatem będzie zobowiązany skorzystać w tym zakresie z pomocy podwykonawców. Powyższe stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Używając bowiem informacji wprowadzającej w błąd, celem uwiarygodnienia ceny swojej oferty, w szczególności w zakresie prac dotyczących konstrukcji stalowej, której wartość stanowi istotną część wartości zamówienia, wykonawca B&W próbował doprowadzić do wyboru swojej oferty, pomimo, że podlega ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Podobnie Konsorcjum WANT wskazało w ofercie w pkt 8, iż nie będzie korzystało z pomocy podwykonawców przy realizacji zamówienia. Konsorcjum zmuszone będzie jednak do korzystania z podwykonawców w zakresie wykonania ścianek szczelinowych, konstrukcji stalowych, a także wykonania robót nawierzchniowych (nie dysponuje urządzeniami, tj. rozścielacze i walce). Konsorcjum WANT również powołało okoliczność „istotnego ograniczenia konieczności powierzenia części zamówienia podwykonawcom", jako argument uzasadniający możliwość obniżenia ceny. W sytuacji, gdy wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd, co do samodzielnego wykonania części robót mających istotne znaczenie dla ceny zamówienia (wykonanie ścian szczelinowych, konstrukcji stalowe i roboty nawierzchniowe stanowią istotną część wartości wszystkich prac) celem uzasadnienia realności zaoferowanej ceny, działanie takie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją wprowadzenia Zamawiającego w błąd, przez przedstawienie w formularzu ofertowym oraz wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny informacji niezgodnych pomiędzy treścią tego dokumentu, a rzeczywistością w zakresie samodzielnej realizacji zamówienia, bez pomocy podwykonawców.

Przekazane przez wykonawcę B&W oraz Konsorcjum WANT informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem dotyczyły oceny, czy oferty tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej. Ww. wykonawcy przedstawili informacje co najmniej w sposób lekkomyślny. W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający był zobowiązany do dokonania czynności wykluczenia ich z postępowania i uznania ich ofert za odrzucone (art. 24 ust. 4 Pzp).

W przedmiotowym stanie faktycznym zarówno wykonawca B&W jak i Konsorcjum WANT potwierdzili wprowadzające w błąd informacje podane w formularzu ofertowym oświadczeniami złożonymi przez każdego z nich w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oba pisma z 22 lipca 2020 r.). Tym samym wprowadzające w błąd informacje zostały przedstawione co najmniej z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa, a z dużym prawdopodobieństwem, należy uznać, że w sposób celowy.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Całokształt okoliczności wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W stosunku do wykonawcy B&W oraz Konsorcjum WANT Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uznając, że obaj wykonawcy obalili domniemanie rażąco niskiej ceny. Pominięcie przez Zamawiającego istotnych okoliczności, na które wskazano w odwołaniu prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w postępowaniu, zamówienie bowiem otrzymuje wykonawca, który nie sprostał dyspozycji art. 90 ust. 2 Pzp, a zatem jego oferta, jak i oferta Konsorcjum WANT powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza dyspozycję art. 7 ust. 3 Pzp.

Wykonawca, B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów - na okoliczności wskazane i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów dojazdu i zastępstwa procesowego.

Zdaniem Zamawiającego, zaoferowane przez wykonawcę B&W oraz Konsorcjum WANT ceny nie mają charakteru rażąco niskich, szczególnie w odniesieniu do cen na rynku lokalnym, w tym także średniej cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w sposób rzetelny, kierując się własną wiedzą i doświadczeniem, rozeznaniem lokalnych warunków rynkowych, ocenił wyjaśnienia ww. wykonawców, uznając, że są wystarczające i pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Kierował się w tym zakresie w szczególności następującymi przesłankami:

1) zaoferowane ceny nie są objęte domniemaniem rażąco niskiej ceny z punktu widzenia

średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (kształtują się na poziomie minus 25% średniej),

2) na rynku lokalnym robót budowlanych od kilku miesięcy daje się zaobserwować znaczną konkurencję i znaczne rozrzuty oferowanych cen,

3) szczególnie w ostatnich miesiącach, tj. w okresie pandemii, część wykonawców weryfikuje swoje oczekiwania cenowe, proponując ceny na poziomie znacznie niższym niż szacunki kosztorysowe zamawiających i odbiegające o kilkanaście - kilkadziesiąt procent od średnich arytmetycznych wszystkich ofert,

4) wykonawca, który zaoferował najniższą cenę pozostaje doświadczonym podmiotem na rynku lokalnym, prawidłowo zrealizował wiele zaawansowanych inwestycji, w tym także na rzecz Zamawiającego,

5) dwóch wykonawców, oferujących wykonanie zamówienia za kolejno najniższe ceny, niezależnie wyceniło swoje oferty na podobnym poziomie, co wzmacnia przekonanie Zamawiającego, że zaoferowane ceny pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze specyfikacją.

Biorąc pod uwagę powyższe, doświadczenie i rozeznanie warunków rynkowych, wyjaśnienia wykonawców odnośnie rażąco niskich cen, należało uznać za wystarczające.

Zamawiający podniósł, że zaoferowane ceny nie są objęte domniemaniem rażąco niskiej ceny z punktu widzenia średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Odwołujący pomija fakt, że ceny powyższe kształtują się na poziomie akceptowalnym w świetle cen rynkowych. Ustalając, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe (wyrok KIO - KIO/UZP 1227/08). Porównanie cen zaoferowanych w niniejszej sprawie przeczy zarzutowi rażąco niskiej ceny: kwestionowane oferty kształtują się na poziomie odpowiednio - 25,8% oraz 24.8% średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Zamawiający wskazał, że na rynku lokalnym od kilku miesięcy można zaobserwować dużą konkurencję i znaczne rozrzuty cen usług budowlanych, część wykonawców szczególnie w okresie pandemii weryfikuje swoje oczekiwania cenowe. Zamawiający na bieżąco śledzi wyniki postępowań o udzielenie zamówienia na rynku lokalnym, na którym działa wiele firm budowlanych, a rynek ten można uznać za konkurencyjny. Można przypuszczać, że wobec nadchodzącego kryzysu, spadku cen materiałów budowlanych, paliwa, a w szczególności wstrzymania wielu inwestycji sektora prywatnego, wykonawcy inaczej kalkulują swoje oferty.

Tytułem przykładu, Zamawiający wskazał na dwa ostatnio rozstrzygnięte postępowania przez samorządy z terenu powiatu gdańskiego, w których najniższa oferta opiewała na 55% wartości zamówienia oraz 70.93% średniej cen złożonych ofert (11 ofert), a także 70% wartości zamówienia i 70,93% średniej wszystkich ofert (8 ofert).

Doświadczenie Zamawiającego, w tym znajomość realiów rynkowych, poparta m.in. przykładami j.w. pozwala zakładać, że w szczególności w ostatnim czasie oferowanie przez wykonawców cen odbiegających w granicach 25% od cen średnich jest zjawiskiem normalnym.

Zamawiający podniósł, że wykonawca, który zaoferował najniższą cenę jest doświadczonym podmiotem na rynku lokalnym, a jego oferta pozostaje zbliżona do niezależnej wyceny innego z wykonawców (Konsorcjum WANT). Na rzecz Powiatu Gdańskiego wykonywał ostatnimi laty kilkanaście kontraktów na roboty budowlane. Wszystkie znane Zamawiającemu inwestycje realizowane przez ww. wykonawcę zostały doprowadzone do końca, zgodnie z warunkami zamówienia i w terminie. Zdaniem Zamawiającego, analiza wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców nie potwierdza wątpliwości Zamawiającego odnośnie rażąco niskiej ceny. Przy uwzględnieniu wskazanych w wyjaśnieniach okoliczności, pozwalających na oszczędności w zakresie m.in. metody, sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, kosztów pracy (w tym bliskość siedziby, posiadane zasoby kadrowe i sprzętowe, brak konieczności posiłkowania się podwykonawcami w większym zakresie - oszczędność na marży z tego tytułu) - wykonanie zamówienia za podaną cenę pozostaje możliwe i realne.

W tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania złożonych wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowane przez ww. wykonawców ceny były rażąco niskie oraz aby zmierzały tym samym do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Dołączona do odwołania minimalna kalkulacja pozostaje ogólnikowym i niepopartym wyliczeniami źródłowymi zestawem nieudowodnionych twierdzeń Odwołującego. Zamawiający zakwestionował ten dokument, jako niepoddający się weryfikacji i nieprzydatny w sprawie.

Dysponowanie znacznym, doświadczonym zespołem kadrowym oraz własnym sprzętem, a w konsekwencji zdolności do wykonania zamówienia w przeważającej mierze samodzielnie, z zasady pozwala na oszczędności rzędu kilkunastu do kilkudziesięciu procent - brak dodatkowej - marży. Z twierdzeń Odwołującego („minimalna kalkulacja wartości zamówienia) wynika natomiast, że ponad połowę zamówienia zamierzał wykonać za pomocą podwykonawców, przy czym założenie marży podwykonawców w kalkulacji Odwołującego jedynie na poziomie 10,9% wydaje się arbitralnie zaniżone. Kalkulacja ta nie uwzględnia także korzyści płynących z optymalizacji kosztów ogólnych.

Wskazana w wyjaśnieniach bliskość bazy sprzętowej do miejsca realizacji prac oraz doświadczenie w realizacji robót są kolejnymi czynnikami pozwalającymi na optymalizację kosztów.

Powyższe, ocenione przez pryzmat doświadczenia Zamawiającego, w tym w szczególności spadających cen materiałów budowlanych oraz ogólnej tendencji obniżania cen w ofertach na podobne zadania, uzasadniała uznanie złożonych wyjaśnień za wystarczające.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

1 uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, jako wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zainteresowany jego uzyskaniem, sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu ofert.

Wykonawca: B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust.

2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa obiektu mostowego w ciągu drogi powiatowej nr 1929G ul. Przemysłowa w Kolbudach. Zakres przedmiotu zamówienia opisano w Rozdziale 1 pkt 1 SIWZ, natomiast szczegółowy opis projektowych rozwiązań technicznych został przedstawiony w dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej załącznik do

SIWZ.

Wykonawcy zobowiązani byli wskazać w ofercie - Formularzu oferty - cenę całkowitą netto i brutto oferowaną za wykonanie przedmiotu zamówienia. W Rozdziale 8 pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że cena oferty będzie ryczałtem, zgodnie z art. 632 ustawy z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny. W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, opłaty i należności związane z wykonaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami wynikającymi z projektów budowlanych, wykonawczych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zgodnie z SIWZ, przedmiar robót (załącznik nr 5 do SIWZ) nie stanowił podstawy wyceny oferty, lecz dokument pomocniczy dla wykonawcy, zaś cena winna być zaoferowana, jako cena kompletna, jednoznaczna i ostateczna. Podstawą określenia ceny oferty były postanowienia SIWZ oraz Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawcy nie byli zobowiązani do przedkładania wraz z ofertą kosztorysu ani też wyceny poszczególnych elementów zamówienia. Formularz oferty zawierał jedynie informację na temat całkowitej ceny netto i brutto oferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B&W oraz oferty Konsorcjum WANT, pomimo, że ceny ww. ofert są rażąco niskie, a złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia niewystarczające. W ocenie Izby potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie formalnej jedynie oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców i zaniechanie w konsekwencji wezwania tych wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające w aspekcie rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zwrócenie się o wyjaśnienia jest warunkowane oceną danej oferty przez zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek wszcząć postępowanie wyjaśniające w przypadku, gdy ocena oferty przez zamawiającego wskazuje na występowanie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem przepis ten nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku wyjaśnienia ceny lub kosztu zawartych w ofercie, bowiem w każdym przypadku zamawiający musi ocenić, czy okoliczności faktyczne uzasadniają wątpliwości, a tym samym - wezwanie wykonawcy do wyjaśnień.

Szczególna sytuacja, w której zamawiający musi powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, została przewidziana w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W przypadku bowiem, gdy cena całkowita oferty jest niższa o minimum 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, i co należy szczególnie podkreślić - niezależnie od tego, jak ocenia daną ofertę. W takim przypadku spełnienie wskazanego formalnego, matematycznego wymogu obliguje zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. Nie jest to jednak obowiązek

bezwzględny, nie dotyczy on bowiem przypadku, gdy rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, np. gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacznie wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację lub jedna z ofert zawiera cenę nadmiernie wysoką, której uwzględnienie przy ustalaniu średniej arytmetycznej cen złożonych powoduje, że pozostałe oferty są niższe o ponad 30% od tej średniej.

Zamawiający może dokonać aktualizacji wartości zamówienia w przypadku wystąpienia istotnej zmiany cen rynkowych bądź innych okoliczności wpływających na ustaloną przy wszczęciu postępowania wartość zamówienia, np. gdy w trakcie przedłużającej się procedury udzielania zamówienia publicznego wystąpiły zmiany cen na rynku.

Przepis art. 90 ust. 1a pkt 2 Pzp uprawnia natomiast zamawiającego lecz nie zobowiązuje, do żądania wyjaśnień. Również w przypadku art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, obowiązek badania rażąco niskiej ceny nie ma charakteru automatycznego, bowiem zamawiający może nie żądać wyjaśnień, jeśli ustali, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty, a wartością zamówienia bądź średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Podkreślić należy, że zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, oferta podlega odrzuceniu w przypadku, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty lub gdy ocena złożonych wraz z dowodami wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W tym miejscu należy także wskazać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśnień (wezwanie) powoduje, że od tego momentu ciężar wykazania, że cena oferty wezwanego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 Pzp). Jeżeli Zamawiający posiada wiedzę, iż na rynku wystąpiły zmiany, powodujące spadek cen lub inne okoliczności skutkujące tym, że oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia odbiega znacznie od aktualnych cen rynkowych, to może nie korzystać z trybu wyjaśnień, powołując się właśnie na te okoliczności. Nie może jednak posiadanych ww. informacji włączyć niejako „uzupełniających" złożone przez wykonawcę wyjaśnienia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicja ta została wypracowana w orzecznictwie, w którym przyjmuje się, że cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Tym samym jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia straty.

Wykonawca, wezwany do wyjaśnień zaoferowanej ceny, musi wykazać, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia dokonana przez niego wycena zamówienia obejmuje wszystkie jego elementy i odpowiada rynkowej wartości zamówienia z uwzględnieniem warunków dostępnych danemu wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu wystąpiły przesłanki do wezwania wykonawcy B&W oraz Konsorcjum WANT do złożenia wyjaśnień ceny oferty, ponieważ ceny brutto zaoferowane przez ww. wykonawców są niższe o 56,42 % (B&W) i 55,80 % (WANT) od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Powyższe ceny są także niższe o więcej niż 30% od wartości zamówienia skorygowanej przez Zamawiającego o 10% w dniu 22 czerwca 2020 r.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 5 ofert, a średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 4.767.231.92 zł brutto. Zamawiający wskazywał w tym miejscu, że powyższa wartość obrazuje wysokość średniej ceny rynkowej, co potwierdza fakt, że druga pod względem cenowym oferta jest droższa od oferty B&W zaledwie o 1,4 % (50.040,46 zł). Zamawiający podnosił również, że wartość zamówienia jest wyższa od najdroższej oferty o 1 272 921,29 zł, tj. o 17%, a od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 2 532 768,08 zł, tj. o 34%, co wskazuje, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego znacząco odbiega od rzeczywistych cen rynkowych, a zatem nie powinna ona stanowić punktu odniesienia dla stwierdzenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający przywoływał także dwa postępowania o udzielenie zamówień publicznych dotyczące budowy obiektów mostowych na terenie województwa pomorskiego, rozstrzygniętych w 2020 r., w których oferty wykonawców były również znacząco niższe od przeznaczonych budżetów.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Zamawiającego, Izba wskazuje, że powoływanie się na okoliczność, że rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie

wymagają wyjaśnienia, np. gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacznie wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację, stanowi zgodnie z art. 90 ust.. 1a pkt 1 Pzp, uzasadnienie do niestosowania procedury wyjaśnień wobec wykonawcy, lecz nie może stanowić uzasadnienia do formalnego jedynie zastosowania procedury wyjaśnień. Skoro Zamawiający podjął decyzję o wezwaniu ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, co jest faktem bezspornym w niniejszej sprawie, to powinien tym samym dopełnić obowiązku procedury wyjaśnień, w tym oceny złożonych wyjaśnień w sposób pełny i rzetelny.

Oferta wykonawcy B&W

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę B&W są konkretne i rzeczowe, lecz wymagają uszczegółowienia, poprzez przedstawienie kalkulacji ceny oferty w zakresie wszystkich istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Nie sposób na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B&W stwierdzić, że potwierdzają one rażąco niską cenę oferty. Izba wzięła przy tym pod uwagę fakt, że Zamawiający sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, posługując się brzmieniem przepisu ustawy Pzp.

W tej sytuacji dla uszczegółowienia złożonych wyjaśnień Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem okoliczności powołanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach, jako czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przedstawiona przez wykonawcę B&W kalkulacja ceny oferty powinna zostać poparta stosownymi dowodami.

Izba zważyła jednocześnie, że Odwołujący, twierdząc, że w przypadku wykonawcy B&W nie zachodzą żadne szczególne okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwalają wycenić przedmiot zamówienia na danym poziomie, nie przedstawił na poparcie tej tezy wiarygodnych dowodów. Jak wynika z kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego, dotyczącej najniższej kwoty pokrywającej wszystkie koszty realizacji zamówienia bez straty po stronie wykonawcy, w wysokości 4 074 049,05 zł brutto, Odwołujący nie wykazał, że powyższa kalkulacja uwzględnia warunki realizacji przedmiotowego zamówienia dostępne wykonawcy B&W, który zaoferował cenę w kwocie 3 535 180,00 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający, poprzestając na uzyskaniu wyjaśnień z dnia 22 lipca 2020 r. nie dokonał rzetelnej oceny wyjaśnień, weryfikując tylko od strony formalnej fakt, że wyjaśnienia zostały złożone. Zamawiający, oceniając złożone wyjaśnienia, w znacznej mierze oparł się na własnej wiedzy o danym rynku, uznając, że w kontekście sytuacji rynkowej złożone wyjaśnienia są wystarczające dla uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska, którego to stanowiska Izba nie podzieliła.

Oferta Konsorcjum WANT

W odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum WANT wystąpiła bardzo podobna sytuacja, jak opisana powyżej. Zamawiający uznał, że trendy na rynku robót objętych przedmiotem zamówienia wskazują na możliwość obniżenia ceny do poziomu oferowanego przez tego wykonawcę, zatem wyjaśnienia niezawierające uszczegółowienia danych dotyczących ceny oferty są wystarczające do wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska. Tymczasem, w ocenie Izby, Zamawiający był zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o uszczegółowienie sposobu kalkulacji ceny oferty, przedstawionego opisowo w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2020 r., w tym w zakresie wyceny wszystkich istotnych elementów zamówienia, biorąc pod uwagę czynniki wskazane przez ww. wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach.

Również w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum WANT, Izba stwierdziła, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja minimalnej ceny nie dowodzi rażąco niskiej ceny tej oferty, ponieważ nie uwzględnia konkretnych warunków dostępnych temu wykonawcy przy realizacji zamówienia. Nie sposób uznać, że przedstawiona przez Odwołującego uniwersalna kalkulacja przedstawia koszty, które w takiej wysokości są ponoszone przez wszystkich wykonawców na rynku. W ocenie Izby, kalkulacja ta nie uwzględnia konkretnych warunków danego wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, że określone przez niego minimalne koszty pozwalające na należyte wykonanie zamówienia uwzględniają specyficzne warunki dostępne danemu przedsiębiorcy. W ocenie Izby, rażąco niskiej ceny nie można stwierdzić, poprzez proste odniesienie danej oferty do średnich kosztów przyjętych w oparciu o pewne uniwersalne założenia. Każdy przypadek analizowany w kontekście rażąco niskiej ceny wymaga bowiem indywidualnego podejścia i oceny w oparciu o dostępne danemu wykonawcy warunki realizacji zamówienia.

Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia na obecnym etapie, że złożone przez wykonawcę B&W oraz Konsorcjum WANT wyjaśnienia potwierdzają, że ceny tych ofert są rażąco niskie, a zatem, że nie uwzględniają wszystkich kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Na

obecnym etapie brak jest przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ złożone wyjaśnienia wymagają dalszego uszczegółowienia.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B&W oraz oferty Konsorcjum WANT, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „uznk"), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten może stanowić samodzielną podstawę prawną do określenia czynu nieuczciwej konkurencji, jednak konieczne jest wykazanie spełnienia wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Zgodnie natomiast z art.15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W danym stanie faktycznym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że złożenie oferty przez wykonawcę B&W oraz przez Konsorcjum WANT w przedmiotowym postępowaniu wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji . W szczególności brak jest na obecnym etapie dowodów potwierdzających, że złożone oferty zawierają ceny skalkulowane „znacznie poniżej rzeczywistych minimalnych kosztów realizacji zamówienia", co byłoby nakierowane na wyeliminowanie Odwołującego z rynku. W związku z powyższym nie można się zgodzić z Odwołującym, że złożenie oferty przez wykonawcę B&W i Konsorcjum WANT narusza dobre obyczaje, interes klienta, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, a także, że jest nastawione na eliminację Odwołującego z danego rynku.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy B&W oraz Konsorcjum WANT pomimo przedstawienia w formularzu ofertowym informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia art. 24 ust 4 Pzp, poprzez zaniechanie uznania ofert ww. wykonawców na odrzucone.

Zgodnie z postanowieniem Specyfikacji Technicznej ST M-23.05.00 „Ustroje stalowe" pkt 5.1.1.: „Wymagania w stosunku do Wytwórcy stalowych konstrukcji mostowych i Wykonawcy montażu. Wykonawca powinien posiadać aktualne świadectwo (certyfikat), wydane przez Komisję Kwalifikacyjną IBDiM kwalifikujące Wykonawcę do realizacji (wytwarzanie i montaż) stalowych konstrukcji mostowych; lub powinien zatrudnić podwykonawców (wytwarzanie, montaż) posiadających w/w uprawnienia",

Zarówno wykonawca B&W, jak i Konsorcjum WANT w pkt 8 oferty wskazali, że wykonają zamówienie bez udziału podwykonawców. Wykonawcy potwierdzili to oświadczenie również w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2020 r. w ramach argumentów skutkujących możliwością obniżenia ceny oferty. Wykonawca B&W potwierdził powyższe także w swoim stanowisku przedstawionym na rozprawie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, że w świetle treści SIWZ Zamawiający nie wymagał wykazania przez wykonawców w terminie składania ofert posiadania kwalifikacji do wykonania konstrukcji stalowych lub ścianek szczelinowych. Nie można zatem zakwalifikować powyższych oświadczeń ww. wykonawców o samodzielnym wykonaniu zamówienia, jako złożenia nieprawdziwych informacji. W szczególności wskazać należy, że ww. wykonawcy nie twierdzili, że posiadają powyższe kwalifikacje, co wykonawca B&W występujący w sprawie w charakterze przystępującego wprost przyznał również na rozprawie. Przystępujący wskazywał jednak, że jest możliwe uzyskanie powyższych uprawnień w trakcie realizacji zamówienia, a ponadto możliwe jest pozyskanie sprzętu do prac szczelinowych wraz z wymaganymi

kwalifikacjami, co nie wymaga korzystania z podwykonawstwa. Możliwe jest zatem również pozyskanie urządzeń (rozściełacze i walce) do wykonania robót nawierzchniowych w przypadku Konsorcjum WANT. Wskazać przy tym należy, że powyższe okoliczności powinny być przedmiotem analizy w ramach wyjaśnień dotyczących ceny ofert.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że oświadczenia złożone przez ww.

wykonawców w zakresie samodzielnej realizacji zamówienia nie są zgodne z rzeczywistością i zostały przedstawione przez ww. wykonawców co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a w szczególności Odwołujący nie wykazał, że w momencie składania ofert i powyższych oświadczeń co do braku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcy, ww. wykonawcy w rzeczywistości mieli zamiar zatrudnić podwykonawców. Brak jest zatem spełnienia podstawowej przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którą musi nastąpić złożenie informacji nieprawdziwej, tj. informacji niezgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy B&W i oferty Konsorcjum WANT. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że kwestia dysponowania przez wykonawcę wymaganym na etapie realizacji robót mostowych certyfikatem IBIDiM (w zakresie wyrobu i montażu konstrukcji stalowych) stanowi aspekt podlegający ocenie w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, jednak zarzut taki nie został zawarty w odwołaniu.

W okolicznościach ustalonych w niniejszej sprawie za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia w postępowaniu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w stosunku do obu wykonawców, tj. B&W oraz Konsorcjum WANT Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uznając że obaj wykonawcy obalili domniemanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający, w ocenie Izby, przedwcześnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawców, bez przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny, w szczególności uwzględniającej czynniki wskazane przez ww. wykonawców jako mające wpływ na możliwość obniżenia ceny, potwierdzają, że zaoferowane przez ww. wykonawców ceny gwarantują prawidłowe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i wynikającymi z obowiązujących przepisów. Powyższa ocena złożonych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego prowadzić może wprost do zachwiania równowagi konkurencyjnej w prowadzonym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018

r., poz. 972).

Przewodniczący: .....