Sygn. akt: KIO 1557/20

WYROK

z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2020 r. przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o.,
ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Miasto Oleśnica, Rynek-Ratusz, 56-400 Oleśnica,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. poprzez wezwanie tego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a Pzp i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Oleśnica, Rynek-Ratusz, 56-400 Oleśnica, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o.,
ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Miasto Oleśnica, Rynek-Ratusz, 56-400 Oleśnica na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica 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 Kielcach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1557/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miasto Oleśnica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane „Budowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w ul. Niemieckiej i Duńskiej oraz sieci wodociągowej w ul. Francuskiej, Luksemburskiej i Włoskiej w Oleśnicy". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 538240-N-2020 z dnia 08 maja 2020 r.

W dniu 3 lipca 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty wykonawcy - TOM TRANS T. W. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert, w tym oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o.

wniósł odwołanie wobec czynności:

- wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty,

- wybiórczej oraz dowolnej oceny wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r. dotyczących ceny oferty Odwołującego,

- uznania, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. nie potwierdzają, iż cena oferty Odwołującego nie stanowi ceny rażąco niskiej,

- odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską,

- ewentualne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, mimo że pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2020 r. było sformułowane w sposób bardzo ogólny i w sprawie pozostawały wątpliwości wymagające dalszych wyjaśnień,

- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie art 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp", poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz innych pozostających w związku przepisów, tj.:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną i nieprzejrzystą ocenę wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. w zakresie ceny oferty, w szczególności polegającą na:

1) wybiórczej ocenie wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r. ze względu na odniesienie się jedynie do niektórych elementów wyjaśnień, przy jednoczesnym pominięciu pozostałej treści,

2) uznaniu, że kwestia podwykonawstwa miała wpływ na zaoferowanie oferty o rażąco

niskiej cenie, podczas gdy Firma Transporotowo-Sprzętowa A. G. w ogólne nie powinna być uznawana za podwykonawcę,

3) sformułowaniu wezwania do złożenia ww. wyjaśnień w sposób ogólny, przy jednoczesnym uznaniu, że pomimo wystąpienia wątpliwości i niespójności nie jest konieczne wezwanie do dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień,

2. art 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2020 r. oraz potwierdzały, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłowa realizacje przedmiotu zamówienia:

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty, która zawiera ceny realne, umożliwiające realizację zamówienia i osiągnięcie zysku,

4. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art 7 ust. 1 i art. 90 ust 1 Pzp, poprzez uzasadnienie faktyczne

czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nieprzejrzysty, z odniesieniem się jedynie do części twierdzeń i dowodów przedstawionych w ramach wyjaśnień ceny oferty,

5. ewentualnie art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, mimo istnienia wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności badania i oceny ofert, czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie ceny oferty,

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4) ewentualnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego połączone z ponownym wezwaniem ww. wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w sposób wybiórczy i dowolny, co doprowadziło do niezasadnego ustalenia, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu, co uniemożliwia wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów (w tym nie zawiera rażąco niskiej ceny), a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył, że podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie badania i oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

1. Zarzut naruszenia art 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że dnia 1 czerwca 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie niskiej ceny oferty złożonej przez Odwołującego. Wezwanie miało charakter ogólny, a Zamawiający nie wymagał od Odwołującego szczegółowego wyjaśnienia konkretnych elementów cenowych oferty.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedstawił wyjaśnienia z dnia 4 czerwca 2020 r., w których opisał metodę obliczenia ceny w sposób adekwatny do treści wezwania. Odwołujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, dołączył do wyjaśnień kosztorys ofertowy oraz oferty handlowe uzyskane od dostawców materiałów i sprzętu.

Pomimo złożenia wyjaśnień, czyniących zadość wezwaniu Zamawiającego, wraz z przestawieniem wymaganych dowodów, Zamawiający niezasadnie uznał, że złożone wyjaśnienia potwierdziły, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską i w związku z powyższym bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie uznał, że wyjaśnienia nie są do końca spójne, a w niektórych miejscach sprzecznie ze sobą. Zamawiający doszedł do powyższego wniosku błędnie porównując treść wyjaśnień z treścią kosztorysu oraz załączonych ofert dostawców materiałów i sprzętu. Treść wyjaśnień stanowiła bowiem uśrednione zestawienie elementów cenowych oferty i została sporządzona w sposób adekwatny do treści wezwania z dnia 1 czerwca 2020 r., a jednocześnie w sposób inny niż przedstawiony kosztorys ofertowy. Oba dokumenty mogły się różnić, ponieważ Zamawiający nie wymagał, aby uśredniona kalkulacja w wyjaśnieniach była sporządzona w sposób tak szczegółowy jak kosztorys ofertowy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oparł się wyłącznie na własnej, subiektywnej ocenie poszczególnych elementów cenowych oraz tworzy własne domniemania nie znajdujące potwierdzenia w przedstawionych dokumentach. Zamawiający m. in. bezzasadnie obliczył, że różnica w cenie materiałów wynikająca z wyliczeń przedstawionych w wyjaśnieniach w porównaniu z treścią kosztorysu ofertowego będzie wynosiła ponad 30.000 złotych, podczas gdy prawidłowa ocena przedstawionych dokumentów powinna dać różnicę nieprzekraczającą 3.000-5.000 zł. Uśrednienie cen rur o poszczególnych średnicach nie będzie miało tak doniosłych konsekwencji, jak wskazał Zamawiający.

Zamawiający, dokonując oceny poszczególnych elementów cenowych, dopuścił się przeszacowania poszczególnych cen cząstkowych, co może wynikać z dokonania wybiórczej oceny przedstawionej przez Odwołującego dokumentacji. Powyższe wynika przede wszystkim z błędnego miejscami porównania każdego elementu wyliczeń „co do złotówki" podczas, gdy w treści wezwania z dnia 1 czerwca 2020 r. Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia aż tak precyzyjnego wyliczenia poszczególnych elementów cenowych.

Odwołujący wskazał, jako przykład błędnego porównania treści wyjaśnień z treścią pozycji nr 30 kosztorysu, na potwierdzenie, że czynność „wyrównana podłoża/dna" dubluje się w pozycjach (nr 30 i nr 6), a ponadto czynności podkreślone w pozycji nr 6 nie mają w ogóle miejsca przy budowie kanałów. Odwołujący podkreślił, że program Norma Pro zawiera wiele podobnych błędów, których eliminacja wymaga wiedzy technicznej i praktyki. Powyższe błędy przekładają się na cenę - program nalicza koszty za wykonanie czynności, które w rzeczywistości nie mają miejsca podczas realizacji zadania (są wręcz niezgodne z technologią robót- np. polewanie wodą). Przedmiar zawiera pozycję nr 6 by uwzględnić koszt piasku potrzebnego do przygotowania podłoża, podczas gdy pozostałe koszty nie mają miejsca. Wykonawca musi niwelować tego typu błędy, regulując np. udziałem kosztów pośrednich (odpowiednio niskich). Powyższe prowadzi do konkluzji, że koszty związane z wykonaniem robót z pozycji nr 30, należy rozpatrywać wspólnie z pozycją nr 6, a wycenę kosztorysu traktować całościowo - analiza poszczególnych pozycji może prowadzić do błędnego wniosku - rażąco niskiej ceny.

Zamawiający, ze względu na powszechne stosowanie ww. programu, powinien mieć świadomość powstających wątpliwości w tym zakresie. Popełnione przez Zamawiającego błędny związane z przeszacowaniem poszczególnych elementów cenowych przy ich weryfikacji doprowadziły w konsekwencji do niezasadnego wniosku, że Odwołujący będzie zmuszony dołożyć minimum 20.000 złotych do kwoty oferty, aby móc wykonać zamówienie.

W odniesieniu do kosztów pośrednich i kosztów wynagrodzeń osób dedykowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający nie wziął pod uwagę, że stawka roboczogodziny ustalona w wyjaśnieniach z dnia 4 marca 2020 r. odnosi się do pracowników odpowiedzialnych za realizację zamówienia na niższych stanowiskach i nie obejmuje osób zatrudnionych z wyższym wynagrodzeniem (np. kierownik budowy), których obecność nie jest wymagana przez cały okres realizacji zamówienia. Osoby odpowiedzialne za nadzór są odpowiedzialne za koordynowanie kilku budów w tym samym okresie, przez co koszty ich utrzymania dzielą się pomiędzy poszczególne roboty, i stanowią koszty dużo mniejsze w porównaniu do pełnoetatowych pracowników. W związku z powyższym, wynagrodzenie osób na wyższych stanowiskach zostało ujęte w kosztach pośrednich, oddzielnie od kosztów robocizny. Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2020 r. Odwołujący wyraźnie podkreślił możliwość zmniejszenia ilości pracowników do 3 osób, co nie zostało uwzględnione przy dokonywanej przez Zamawiającego ocenie.

Odwołujący wskazał, że stawka 18,00 zł za jedną roboczogodzinę jest zgodna ze stawką wynagrodzenia określoną w przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

W związku z powyższym, Zamawiający błędnie również uznał za rażąco niskie ustalone przez Odwołującego koszty pośrednie, nie przedstawiając przy tym żadnego uzasadnienia.

Odwołujący podkreślił, że firma FTS A. G. pozostaje w stosunku zależności z Odwołującym, przez co Odwołujący uzyskuje od FTS materiały i sprzęt właściwie po cenach

ich wytworzenia oraz eksploatacji. Nie jest również prawdą, że z przedstawionych wyjaśnień wynika, iż Odwołującemu „nie zostaje już żaden margines na sytuacje nieprzewidziane (roboty

konieczne do wykonania w ramach ryczałtu, nieprzewidziane postoje spowodowane warunkami atmosferycznymi uniemożliwiającymi prowadzenie prac itd.". Powyższe

twierdzenie stanowi wyłącznie konsekwencję błędnej i wybiórczej oceny wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, ocena wyjaśnień Odwołującego została dokonana przez Zamawiającego wadliwie, w sposób nieprzejrzysty. Z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r. wynika, że Zamawiający przy ocenie wyjaśnień Odwołującego wziął pod uwagę wyłącznie część przedstawionych tam twierdzeń i dowodów, które i tak zostały ocenione w sposób błędny i subiektywny. Ocena rażąco niskiej ceny jest czynnością w dużej mierze subiektywną w związku z czym Zamawiający powinien podjąć wszelkie środki w celu zobiektywizowania dokonywanej oceny. Przede wszystkim powinien dokonać badania oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności sprawy, właściwości wykonawców oraz charakteru zamówienia. Odwołujący wskazał na orzeczenie KIO z dnia 25 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 263/20): „Kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane. Wykonawca posiadający infrastrukturę sprzętowo-osobową będzie miał mniejsze koszty

realizacji zamówienia, aniżeli wykonawca, które w celu spełnienia wymogów wskazanych w OPZ będzie zmuszony zakupić dodatkowe środki trwale lub zatrudnić nowy personel".

Nie trzymając się powyższych zasad Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZD poprzez błędną i nieprzejrzystą ocenę wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. w zakresie ceny oferty mimo, iż prawidłowe ustalenie powyższych kwestii potwierdziłoby rynkowy charakter zaoferowanej ceny oraz możliwość prawidłowego zrealizowania zamówienia.

1) Wybiórcza ocena wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r.

Przy ocenie wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r. Zamawiający całkowicie bezpodstawnie odniósł się jedynie do niektórych elementów wyjaśnień, przy jednoczesnym pominięciu pozostałej treści. Zamawiający całkowicie pominął twierdzenia i dowody mające mogące mieć kluczowe znaczenie dla potwierdzenia, że cena oferty Odwołującego jest rynkowa i umożliwia prawidłową realizację zamówienia. Nie wiadomo przy tym jakimi kryteriami Zamawiający kierował się pomijając część twierdzeń i dowodów Odwołującego. Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r. m.in. do kwestii możliwości zmniejszenia liczy pracowników delegowanych do realizacji zamówienia, co mogło mieć istotny wpływ na zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia.

2) Błędne uznanie FTS za podwykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że dostawy i usługi objęte ofertą FTS nie stanowią czynności objętych realizacją przedmiotowego zamówienia, przez co FTS w ogóle nie może zostać uznany w przedmiotowym postępowaniu za podwykonawcę. Świadczenia oferowane przez FPS mają charakter wtórny dla realizacji przedmiotu zamówienia, przez co nie mogą zostać objęte zakresem zamówienia. Należy przy tym odróżnić zobowiązanie wykonawców w ramach SIWZ do wykonania pewnych czynności w ramach zamówienia, od zobowiązania wykonawców do zapewnienia pewnych środków w ramach przedmiotowego zamówienia. W przypadku tego ostatniego świadczenia nie dochodzi bowiem wprost do realizacji zamówienia, zatem powierzenie takich świadczeń podmiotowi trzeciemu nie będzie równoznaczne z udzieleniem podwykonawstwa. Powyższe zostało potwierdzone w licznym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku z dnia 14 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2440/18).

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, wykonawca nie ma obowiązku podawania informacji o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy w treści oferty, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie przewiduje skorzystania z podwykonawcy. W okolicznościach sprawy Odwołujący składając ofertę nie przewidywał (i nadal nie przewiduje) skorzystania z podwykonawcy. Odwołujący podkreślił, że uzyskał ofertę handlową od FTS po dniu otwarciu ofert, a błędna data wystawienia ww. oferty wynika jedynie z omyłki pisarskiej. Ponadto, kwestia skorzystania lub nieskorzystania z podwykonawców nie ma wpływu na uznanie przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

3) Sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sposób ogólny, przy jednoczesnym uznaniu, że pomimo wystąpienia wątpliwości i niespójności nie jest konieczne wezwanie do dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2020 r. zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny, polegający na przytoczeniu fragmentu art. 90 ust. 1 Pzp. Ponadto, Zamawiający oczekiwał przedstawienia kosztorysu ofertowego oraz dokumentów potwierdzających ceny dostarczonych materiałów. Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie postawił żadnych szczegółowych oczekiwań co do treści wyjaśnień, nie oczekując przy tym również szczególnego wyjaśnienia określonych elementów cenowych.

Z drugiej strony Zamawiający subiektywnie uznał, że rozbieżności czy wątpliwości nie wymagają dalszych wyjaśnień, ponieważ Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę poniżej kosztów jakie będzie musiał ponieść, aby wykonać zamówienie. Zamawiający w celu uniknięcia zarzutu dokonania subiektywnej oceny wyjaśnień powinien sformułować wezwanie na tyle precyzyjnie, aby przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia rozwiewały wszelkie wątpliwości co do sposobu obliczenia ceny oferty oraz potwierdzenia jej rynkowego poziomu. Względnie Zamawiający winien wezwać wykonawcę do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w celu przedstawienia bardziej szczegółowych wyjaśnień i rozstrzygnięcia ewentualnych wątpliwości. Zamawiający nie może zatem wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty. Powyższy pogląd potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku z dnia 30 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 82/20), w wyroku z dnia 17 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KI01/20) .

Zamawiający w okolicznościach sprawy dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp,

ponieważ nie sprecyzował oczekiwań i wymagań co do treści wyjaśnień, a jednocześnie mimo powstałych wątpliwości nie zobowiązał Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień. Jednocześnie Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w trakcie badania i oceny ofert.

2. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp

Odwołujący podkreślił, że uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, a błędne ocena wyjaśnień wynikała z ogólnej treści wezwania z dnia 1 czerwca 2020 r., dokonania wybiórczej i błędnej oceny (w tym przeszacowania) poszczególnych elementów wyjaśnień oraz zaniechania dalszych wyjaśnień mimo wystąpienia wątpliwości. Poprawna ocena ww. wyjaśnień powinna prowadzić do wniosku, że cena przedstawiona przez Odwołującego stanowi cenę rynkową i pozwala na realizację zamówienia przy uwzględnieniu wszelkich wynikających z tego tytułu kosztów oraz osiągnięcia zysku na odpowiednim poziomie.

Zamawiający dopuścił się licznych błędów formalnych i merytorycznych przy dokonywaniu oceny ceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji błędnie uznał, że oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r. jest bardzo ogólnikowa i brak jest w nim jakichkolwiek konkretów w aspekcie występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie tylko szczątkowo ale i mało konkretnie odniósł się do wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego. Jak wskazano powyżej, niektóre okoliczności zupełnie pominął. Ponadto, w dużej części oparł się na domniemaniach, które nie mają żadnego odzwierciedlenia w treści złożonych wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie, zaoferowanej ceny w żadnym razie nie można uznać za rażąco niską. Zaoferowane ceny są cenami realnymi, zapewniającymi wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującymi Odwołującemu zysk.

Odwołujący podkreślił, powołując się na wyrok Sądu Okręgowego z dnia 13 stycznia 2015 r., sygn. akt XII Ga 731/14, że przy uznaniu oferty za zawierającą rażąco niską cenę należy brać pod uwagę nie tylko wartość szacunkową zamówienia, czy odniesienie ceny jednego wykonawcy do cen pozostałych uczestników postępowania, ale przede wszystkim całokształt zamówienia oraz wszystkie inne czynniki cenotwórcze właściwe dla danego wykonawcy.

3. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach sprawy doszło do nieprawidłowego i niepełnego sformułowania uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający wskazał m.in. że rzekome sprzeczności w treści wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r. oraz treści kosztorysu ofertowego stanowią jedynie jedne z licznych niespójności występujących ww. dokumentach, nie wymieniając przy tym innych rzekomych niespójności. Zamawiający nie odniósł się do niektórych istotnych fragmentów wyjaśnień, chociażby w zakresie możliwości zmniejszenia liczby pracowników delegowanych do realizacji zamówienia.

Powyższe wskazuje na dokonanie wybiórczej oraz dowolnej, zamiast swobodnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2020 r, ale również sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego bez zachowania standardów wynikających z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, którego celem jest zagwarantowanie wykonawcy, którego oferta została odrzucona, możliwości zapoznania się motywami działania zamawiającego oraz umożliwienie ewentualnego zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej. Jednocześnie, z uwagi na określoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę przejrzystości postępowania, w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powinien podać wszystkie (a nie tylko niektóre) powody, które przesądziły o odrzuceniu oferty wykonawcy.

W niniejszej sytuacji uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie wypełnia celu, jaki ma realizować art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem Zamawiający w uzasadnieniu odniósł się jedynie do części wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożonych przez Odwołującego. Nie wiadomo jednocześnie, czy Zamawiający w ogóle wziął pod uwagę pozostałą część ww. wyjaśnień (a w przypadku wzięcia ww. treści pod uwagę - nie wyjaśnił czemu uznał, że te twierdzenia i dowody nie mają znaczenia dla możliwości zaoferowania ceny na poziomie właściwym dla Odwołującego). W ten sposób Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zakwestionowanie czynności odrzucenia oferty od strony merytorycznej w zakresie twierdzeń i dowodów złożonych w ramach wyjaśnień, a całkowicie pominiętych w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia.

4. Zarzut ewentualny - naruszenia art. 90 ust 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt

4 Pzp

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień o charakterze ogólnym, skutkiem czego następnie doszedł do błędnego wniosku, że w ofercie dochodzi do rozbieżności, skutkujących koniecznością uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że z jednej strony wyjaśnienia z dnia 4 czerwca 2020 r. wywołują wątpliwości, po czym w dalszej części uzasadnienia uznał, że występują przesłanki do wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, jednakże treść uzyskanych dotychczas wyjaśnień jest wystarczająca do uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską.

Odwołujący podkreślił, że uznanie jego oferty za zawierającą cenę rażąco niską wynika jedynie z błędnej i wybiórczej oceny jego wyjaśnień przez Zamawiającego. Niemniej jednak w przypadku rzeczywistego powstania dalszych wątpliwości związanych z treścią udzielonych wyjaśnień, Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ewentualnych niezgodności, w szczególności informacji zawartych w ramach pierwotnych wyjaśnień, i kosztorysie ofertowym, to Odwołujący udzieliłby dodatkowych wyjaśnień, gdzie ostatecznie wyeliminowałby wszelkie wątpliwości Zamawiającego w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny oraz możliwości prawidłowej realizacji zamówienia za tą cenę.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż powziął wątpliwości już na etapie analizowania treści oferty, dlatego też wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wskazał, że Odwołujący przyjął koszty pośrednie na poziomie jedynie 19%. Jest to w ocenie Zamawiającego wartość zaniżona, gdyż wartość ta nie może pokryć wszystkich kosztów pośrednich związanych z budową. Wskazuje, że w ofercie wybranej koszty pośrednie zostały przyjęte na poziomie 65 %.

Zamawiający podniósł, że w odniesieniu do robót dotyczących położenia rurociągu (fi 120 oraz fi 160) Odwołujący przyjął koszt na poziomie 123,90 zł za metr, jednak nie podał w tym zakresie szczegółowej kalkulacji. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący przyjmując niską cenę w kosztorysie ofertowym naliczył równie niską marżę, co uniemożliwia pokrycie kosztów niespodziewanych, które mogą wyniknąć w toku realizacji zamówienia. Jak wynika ze złożonych wyjaśnień, Odwołujący nie skalkulował w cenie oferty ryzyk wynikających z zaistnienia niespodziewanych warunków pogodowych, przedłużenia terminu realizacji itp.

Zamawiający przyznał, że nie było dla niego zrozumiale, dlaczego Odwołujący w ramach wyjaśnień przedłożył kalkulację własną oraz kosztorys, jednak te dwie kalkulacje pokazały, że nie wszystkie koszty przyjęte w kalkulacji zostały ujęte przez Odwołującego w kosztorysie i odwrotnie. Wskazał przykładowo na przyjęte w kosztorysie niskie koszty zasuwy w wysokości 267 zł (wraz z kosztami pośrednimi, robocizną i zyskiem) podczas, gdy do wyjaśnień Odwołujący załączył ofertę na zasuwy w cenie 1091 zł. Podobnie ma się sytuacja w innych pozycjach. Zamawiający dodatkowo wskazał koszt hydrantu w wysokości 1804,88 zł w kosztorysie, natomiast z oferty wynika cena 1940,40 zł, co wraz z kolanem i króćcem daje wartość 2253,60 zł. Wskazał również, że Odwołujący w ramach kalkulacji kosztów wykonania studni nie uwzględnił kosztu armatury. Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja własna nie uwzględnia wszystkich kosztów materiałów, natomiast w kosztorysie przedstawiono koszty zaniżone w stosunku do kalkulacji własnej i cen dostawczych.

Zamawiający wyjaśnił, że całościowo przejrzał obie kalkulacje i uznał, że kalkulacja własna wykonawcy ma w tym przypadku większe znaczenie niż kosztorys. Zamawiający dodał, że Odwołujący nie wycenił ani w kalkulacji własnej, ani w kosztorysie kalkulacji kosztów wywozu hummusu w ilości - 4300 m^3, co wybrany wykonawca wycenił w swoich wyjaśnieniach na kwotę 80 000 zł netto.

Zamawiający przedstawił porównawczą kalkulację kosztów wykonaną na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w ramach wyjaśnień i kosztorysu Zamawiającego w celu wykazania kosztów, które nie zostały uwzględnione przez Odwołującego w kalkulacji. Zamawiający przyznał, że w toku rozprawy wskazał szczegółowe okoliczności, które nie były wprost wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ale de facto stanowiły one dodatkowe uzasadnienie tej decyzji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony 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.

W pkt III. SIWZ Zamawiający przedstawił Opis przedmiotu zamówienia, wskazując, że „Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w ul. Niemieckiej i Duńskiej oraz sieci wodociągowej w ul. Francuskiej, Luksemburskiej i Włoskiej w Oleśnicy".

Szczegółowy zakres robót znajduje się w dokumentacji projektowej załączonej do przetargu oraz opisany jest poniżej. W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca ma zrealizować m.in.:

a) kanalizację sanitarną z rur PVC HS SN12 SDR 34 w ul. Niemieckiej (główny odcinek

S2.1 - S2.5 ok. 180 m), z wpięciem do istniejącej sieci ks200 (istniejąca studnia S2.1) na skrzyżowaniu ul. Polnej z ul. Niemiecką wraz z przyłączami do granicy działek zakończonymi

zaślepkami oraz kanalizację sanitarną w ul. Duńskiej (główny odcinek S2.2 - S2.2.7 ok. 280 m) wraz z przyłączami do granicy działek zakończonymi zaślepkami. Ponadto należy wyprowadzić odejście kanalizacji sanitarnej w ul. Niemieckiej od studni S2.5 wraz z przyłączem Zp, zgodnie z projektem, zakończone zaślepką, umożliwiające w późniejszym

czasie wykonanie dalszej rozbudowy kanalizacji sanitarnej,

b) sieć wodociągową z rur polietylenowych PE f 200 w ul. Niemieckiej na odcinku od istniejącej zasuwy w Tw11.1 do Tw11.15 (długość ok. 205 m) oraz w ul. Włoskiej na odcinku od Tw11.15 do istniejącej zasuwy w Tw11.39 (długość ok. 415 m) i przyłączami do granicy działek w obrębie ww. ulic zakończone zaślepkami (od Tw11.2 do Tw11.3, od Tw11.5 do Tw11.15, od Tw11.16 do Tw11.20, od Tw11.22 do Tw11.25, od Tw11.27 do Tw11.39) - za ten odcinek Wykonawca wystawia odrębną fakturę na Miejską Gospodarkę Komunalną. Natomiast za pozostały zakres robót Wykonawca wystawia fakturę na Gminę Miasto Oleśnica,

c) sieć wodociągową z rur polietylenowych PE f 160 w ul. Francuskiej na odcinku od istniejącej zasuwy w Tw4.1 do Tw11.26 (długość ok. 325 m) wraz z przyłączami do granicy działek zakończone zaślepkami (od Tw4.2 do Tw4.8 i od Tw4.10 do Tw4.21) oraz w ul. Luksemburskiej na odcinku od Tw4.9 do Tw11.31 (długość ok. 280 m) wraz z przyłączami do granicy działek zakończone zaślepkami (od Tw4.9.1 do Tw4.9.18) i w ul. Duńskiej na odcinku od Tw11.4 do Tw11.21 (długość ok. 330 m) wraz z przyłączami do granicy działek zakończone zaślepkami (od Tw11.4.1 do Tw11.4.16),

d) trwałe usunięcie wszystkich drzew i krzewów wraz z karczowaniem pni w pasach drogowych w obrębie ul. Niemieckiej, Duńskiej, Luksemburskiej i ul. Włoskiej (na odcinku od skrzyżowania ul. Niemieckiej z ul. Włoską do skrzyżowania z ul. Francuską), na pozostałym odcinku ul. Włoskiej i w ul. Francuskiej drzewa i krzewy zostały usunięte,

e) zdjęcie humusu z całej szerokości pasa drogowego w obrębie ulic, w których będą realizowane roboty wraz z jego wywiezieniem w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie miasta, za wyjątkiem odcinka ul. Francuskiej od ul. Polnej do ul. Luksemburskiej i ul. Luksemburskiej na odcinku prostopadłym do ul. Francuskiej, gdzie humus został już usunięty (na tym odcinku wykonana jest już kanalizacja sanitarna),

f) uzyskać zatwierdzenie organizacji ruchu na czas robót oraz wystąpić o zajęcie pasa drogowego do zarządcy drogi,

g) po wykonanych robotach wyrównać i uporządkować teren w obrębie wykonywanych

prac.

Wykonawca zobowiązany jest do wykonania i dostarczenia Zamawiającemu operatu

kolaudacyjnego wraz z wynikami badania wody, zgodnie z wytycznymi sanepidu oraz

badaniem ciśnienia wody w hydrantach.

Załączone do przetargu przedmiary robót należy traktować jako materiały uzupełniające i pomocnicze.

W ofercie należy wycenić wszystkie roboty ujęte w dokumentacji projektowej, będącej załącznikiem do przetargu oraz prace opisane dodatkowo w opisie przedmiotu zamówienia."

Zamawiający wymagał (pkt IIIa SIWZ) zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: wszystkie czynności przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z działem XVI. Opis sposobu obliczenia cen, Zamawiający wymagał, aby cena podana przez wykonawcę w formularzu ofertowym była ceną ryczałtową wyrażoną w złotych polskich i obejmowała:

- przypisane prawem podatki
- wszelkie opłaty
- wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia

z podaniem wartości brutto.

Cenę należało obliczyć zgodnie z formularzem ofertowym. Wartości należało podać ograniczając się do dwóch miejsc po przecinku.

W Formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podania ceny za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, oraz cen składowych, tj. ceny za „Budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Niemieckiej i Duńskiej oraz sieci wodociągowej w ul. Francuskiej, Duńskiej i Luksemburskiej w Oleśnicy" oraz ceny za „Budowę sieci wodociągowej w ul. Niemieckiej i Włoskiej w Oleśnicy".

W Formularzu ofertowym zostały zawarte także oświadczenia, iż wykonawca:

1. „Gwarantuje stałość w/w ceny przez okres trwania umowy. Cena obejmuje:

- przypisane prawem podatki
- wszelkie opłaty
- wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia

2. Warunki płatności - zgodnie ze wzorem umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ).

3. Oświadczamy, że oferowane przez naszą Firmę prace są zgodne z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie określonymi w SIWZ.

4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń. Oświadczamy, że otrzymaliśmy konieczne informacje potrzebne do właściwego przygotowania oferty.

5. Na wykonane prace udzielimy gwarancji i rękojmi, wystawiając dokument zgodnie z załącznikiem do umowy".

Zamawiający wskazał na sesji otwarcia ofert kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1 320 000 PLN.

W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert., z których oferta z najwyższą ceną opiewała na 1 147 283,65 zł, 5 ofert opiewało na cenę poniżej 1 mln zł 807 556,50 zł, 943 306,22 zł, 902 491,81 zł, 978 785,11 zł), w tym oferta Odwołującego na kwotę 586 691,53 zł.

Odwołujący zaoferował cenę 398 767,04 zł za „Budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Niemieckiej i Duńskiej oraz sieci wodociągowej w ul. Francuskiej, Duńskiej i Luksemburskiej w Oleśnicy" oraz cenę 187 924,49 zł za „Budowę sieci wodociągowej w ul. Niemieckiej i Włoskiej w Oleśnicy". Cena oferty Odwołującego stanowi ok. 45% oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz ok. 63% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, zpóźń. zm.);

b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów:

c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

d) wynikającym z przepisów prawa ochrony Środowiska;

e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

Wezwanie zatem miało ogólny, wynikający z brzmienia przepisów. Zamawiający wymagał dodatkowo przedstawienia szczegółowego kosztorysu ofertowego lub innej kalkulacji na podstawie której ustalono cenę oferty oraz o przedłożenie dowodów na ceny od dostawców podstawowych materiałów znajdujących zastosowanie do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił wyjaśnienia z dnia 4 czerwca 2020 r., w których opisał czynniki wskazujące na możliwość uzyskania oszczędności przy realizacji zamówienia, przedstawił „ręczną" uproszczoną kalkulację własną, kosztorys ofertowy, oferty na ceny materiałów, transport, ceny sprzętu, itp. oraz dokumenty na potwierdzenie ogólnej sytuacji przedsiębiorstwa (zaświadczenia ZUS, US, wielkość posiadanych środków itp.). Wykonawca podał, jako główne elementy mające wpływ na cenę oferty:

- korzystne warunki na dostawę podstawowych materiałów (piasek, kruszywa itp.) z

firmy powiązanej FTS G. A. z Oleśnicy posiadającej własną kopalnie piasku oraz decyzję na utylizację odpadów budowlanych, na potwierdzenie Odwołujący załączył ofertę na usługi

transportowo- sprzętowe,

- korzystne warunki na świadczenie usług sprzętowo-transportowych z firmy FTS G. A. z Oleśnicy,

- posiadanie zaplecza (siedziby) w miejscowości , w której będą wykonywane prace,

- samodzielne wykonanie prac, dysponowanie doświadczona kadrą inżynierską i pracowniczą oraz dysponowanie pełnym własnym zapleczem sprzętowym.

Odwołujący załączył także oferty handlowe uzyskane od dostawców materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Decyzją z dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, uznając że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający pozytywnie ocenił „podejście" wykonawcy do kwestii złożenia szczegółowych wyjaśnień, a jednocześnie wskazał, że wyjaśnienia „nie są do końca spójne, a w niektórych miejscach sprzeczne ze sobą, bowiem co innego wynika z ręcznej kalkulacji (str. 3 do 9 wyjaśnień), a co innego z kosztorysu, a kalkulacja i kosztorys jeszcze dodatkowo różnią się od całości ceny ofertowej." Zamawiający uznał także, że wyjaśnienia stoją w sprzeczności z treścią oferty, w której Odwołujący podał, że nie będzie korzystał z podwykonawcy, podczas gdy do wyjaśnień została załączona oferta na usługi sprzętowe od firmy FTS G. A. . Zamawiający wskazał dodatkowo na nieuzasadnione, jego zdaniem, przyjęcie do kalkulacji uśrednione ceny rury (kanalizacja sanitarna). Zamawiający stwierdził, że rzeczywisty koszt (według cen wynikających z ofert) wykonania kanalizacji wyniesie o ok. 30 tys. zł więcej niż przyjęty w kalkulacji. Zamawiający uznał, że wątpliwości wynikających z analizy kalkulacji nie rozwiewa załączony kosztorys ofertowy, podając jako przykład pozycję kosztorysową nr 30 i stwierdzając, że takie wątpliwości dotyczą również „innych elementów kosztorysu".

Zamawiający uznał, że cena oferty jest zaniżona o ok. 20 tys. zł. Wskazał, że przyjęcie kosztów pośrednich w wysokości 19% „może nie pokrywać kosztów ogólnych związanych z budową" i zatrudnieniem personelu, co podważa wiarygodność złożonych wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przewidział również żadnego marginesu na nieprzewidziane prace wynikające np. z przestojów ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne.

Zamawiający wskazał, że powyższe wątpliwości mogłyby być przedmiotem dodatkowych wyjaśnień, ale ze względu na wymienione w piśmie oczywiste nieprawidłowości w wyliczeniu ceny ofertowej prowadzące do jej zaniżenia, nie miałyby one już większego

wpływu na treść decyzji Zamawiającego [...]". Zamawiający podkreślił przy tym zbyt niskie, jego zdaniem, koszty pośrednie przyjęte do kalkulacji ceny oferty oraz nieprzyjęcie „dużej marży", co uniemożliwia poszukiwanie w tych elementach ewentualnych źródeł finansowania kosztów niedoszacowanych.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1 Pzp,, tj. niezachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędną i nieprzejrzystą ocenę wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. w aspekcie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że została ona oparta na nieustalonych właściwie okolicznościach, gdyż nie zostały wyjaśnione wątpliwości oraz brak spójności i sprzeczności wyjaśnień podnoszone przez Zamawiającego wprost w uzasadnieniu tej decyzji. Jak wyjaśnił Odwołujący, treść tzw. „ręcznej" kalkulacji zawierała uśrednione zestawienie elementów cenowych oferty i została sporządzona w odmienny sposób niż kosztorys, dlatego nie było podstaw do porównania wprost treści wyjaśnień z treścią przedstawionego kosztorysu ofertowego. Sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2020 r. wskazał, że wyjaśnienia i kosztorys mogą się różnić od kwoty podanej w kosztorysie, co oznacza, że dokumenty te zawierają pewne rozbieżności co do których Odwołujący miał świadomość (zamierzone). Odwołujący podkreślał w odwołaniu, że program do kosztorysowania zawiera błędy, które przekładają się na cenę - program nalicza koszty za wykonanie czynności, które w rzeczywistości nie mają miejsca podczas realizacji zadania. (są wręcz niezgodne z technologią robót- np. polewanie wodą).

W ocenie Izby, w związku z licznymi wątpliwościami, wynikającymi z dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego oparł się w znacznej części na własnej subiektywnej ocenie wyjaśnień, przyjmując jako wyjściowe do porównania koszty z kosztorysu inwestorskiego, który, jak wynika choćby z wysokości cen ofert złożonych w tym postępowaniu należy uznać w pewnym stopniu za przeszacowany (zawyżony).

W szczególności ocenę Zamawiającego należy uznać za arbitralną i subiektywną w odniesieniu do oceny wysokości kosztów pośrednich i kosztów wynagrodzeń osób dedykowanych do realizacji zamówienia, a także w odniesieniu do zaniżonej marży w odniesieniu do dostaw materiałów i usług od firmy FTS A. G. . Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał m.in., że „wyjaśnienia stoją w sprzeczności z treścią oferty, gdzie Wykonawca - na formularzu ofertowym nie podał, że będzie korzystał w podwykonawców przy wykonywaniu zamówienia i nawet nie wskazał zakresu do wykonania przez tychże, tymczasem w wyjaśnieniach została złożona oferta na wykonywanie usług sprzętowych przez firmę FTS G. A. z Oleśnicy", podczas gdy sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego potwierdziły, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, stwierdzając zarazem, że wyjaśnienia „nie są do końca spójne a w niektórych miejscach sprzeczne ze sobą, bowiem co innego wynika z „ręcznej" kalkulacji (str. 3 do 9 wyjaśnień) co innego z kosztorysu, a kalkulacja i kosztorys jeszcze dodatkowo różnią się od całości ceny ofertowej" bez wyjaśnienia stwierdzonych wątpliwości. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób arbitralny przyjął, że nawet gdyby Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia, to i tak nie zmieniłyby one decyzji Zamawiającego, nie dając szansy wykonawcy na złożenie takich wyjaśnień.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień jest wadliwa, gdyż nie uwzględnia rozstrzygnięcia powstałych wątpliwości, a tym samym Zamawiający przedwcześnie wyciągnął wobec wykonawcy negatywne konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne".

Izba stwierdziła, że potwierdził się także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 90 ust 1 Pzp, poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nieprzejrzysty, z odniesieniem się jedynie do części twierdzeń i dowodów przedstawionych w ramach wyjaśnień ceny oferty.

Jak wynika z okoliczności sprawy, Zamawiający, przedstawiając uzasadnienie

faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego (pismo z dnia 3 lipca 2020 r.), nie wskazał wszystkich okoliczności, które wzbudziły jego wątpliwości po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w tym kalkulacji własnej i kosztorysu ofertowego. W treści powyższej decyzji Zamawiający powoływał się na „liczne niespójności" występujące w wyjaśnieniach i kosztorysie, jednak nie wymienił ich w swoim uzasadnieniu. Zamawiający w piśmie z dnia 3 lipca 2020 r. kilkakrotnie też zastosował uogólnienia i niedopowiedzenia, które nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Wskazać należy, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp ma na celu zapewnienie wykonawcy, którego oferta została odrzucona, możliwości zapoznania się z motywami działania zamawiającego oraz umożliwienie ewentualnego zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający powinien zatem podać w sposób konkretny wszystkie powody, które przesądziły o odrzuceniu oferty, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie wszystkie powoływane przez niego na rozprawie zarzuty i wątpliwości dotyczące kalkulacji zostały przedstawione w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podnoszone na rozprawie przez Zamawiającego nowe okoliczności, które nie stanowiły podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, nie podlegały rozpoznaniu, zważywszy, że Odwołujący nie mógł odnieść się do tych okoliczności w ramach wniesionego odwołania.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w niniejszym przypadku uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie wypełnia celu, jaki przyświeca dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający w uzasadnieniu odniósł się jedynie do wybranych kwestii wynikających z wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożonych przez Odwołującego i w ten sposób uniemożliwił Odwołującemu zakwestionowanie w odwołaniu okoliczności, które Zamawiający powoływał dopiero na rozprawie, a które zostały pominięte w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W tym miejscu należy zauważyć, że w przypadku czynności odrzucenia oferty (o doniosłym znaczeniu w postępowaniu) obowiązek wykazania okoliczności stanowiących podstawę faktyczną odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty powinien wskazać i szczegółowo opisać wszystkie przyczyny, na podstawie których uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności. Po stronie wykonawcy jest natomiast prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia jego oferty.

Powyższe przesądza o tym, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy i niepełny sformułował uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r.

Izba stwierdziła, że w danym stanie faktycznym potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, mimo powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego.

Przepisy art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp stanowiąc podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie ograniczają co do zasady możliwości wielokrotnego zwracania się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień odnośnie wysokości ceny oferty, co wynika z ich literalnej wykładni. W orzecznictwie Izby uznaje się, że działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny" nie mogą się wręcz ograniczać się do jednorazowej czynności w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w złożonych wyjaśnieniach wymagają dalszego wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Podkreślić należy, że celem art. 90 Pzp jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych, uwzględniając konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest bowiem powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Temu celowi służy m.in. procedura wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, została potwierdzona w orzecznictwie Izby (patrz: wyrok KIO sygn.. akt KIO 592/13 z dnia 28 marca 2013 r.) „Dyspozycja art. 90 ust. 1 p.z.p. nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro ma dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień uprawniony jest do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Dokonując oceny oferty pod kątem wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zamawiający oceniać musi całość złożonych wyjaśnień", a także w orzecznictwie sądów okręgowych (patrz: wyrok Sąd Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10).

W niniejszej sprawie Zamawiający, analizując wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, stwierdził jednoznacznie, że w wyjaśnieniach zachodzą niespójności, rozbieżności i sprzeczności. Jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 3 lipca 2020 r., z jednej strony wyjaśnienia z dnia 4 czerwca 2020 r. wywołały wątpliwości Zamawiającego oraz stwierdzenie, że występują przesłanki do wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, a z drugiej strony, Zamawiający błędnie uznał, że treść wyjaśnień jest wystarczająca do uznania ceny oferty Odwołującego za rażąco niską. Sam fakt przedstawienia dwóch kalkulacji wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 czerwca 2020 r. powinien być wyjaśniony przez wykonawcę. Zamawiający nie mógł przesądzić bez wyjaśnień wykonawcy, która kalkulacja jest bardziej istotna, i w jakim celu obie kalkulacje zostały złożone.

Wystąpienie wątpliwości, niejasności, sprzeczności wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a Pzp stanowiło wobec powyższego podstawę do wystosowania wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w kwestiach szczegółowych, co do których wątpliwości powinny być usunięte przed podjęciem decyzji dotyczącej oferty Odwołującego. Podkreślić należy, jak już wskazano powyżej, że wątpliwości nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Jest to bowiem czynność o doniosłym znaczeniu, która wymaga rzeczowego uzasadnienia. Kolejne wyjaśnienia muszą prowadzić do wyjaśnienia wszelkich szczegółowych kwestii co do których zachodzą wątpliwości, które Zamawiający powinien jasno opisać w kolejnym wezwaniu. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 29.03.2012 r (C-599/10, Sag Slovensko) „z powyższych przepisów sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały weryfikacji składowych elementów r.n.c., poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dn. 27 listopada 2001 r w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec, s. 1-9233, pkt. 46-49), (...) instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądania skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty”.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów omówionych powyżej, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, wobec błędnej - przedwczesnej oceny wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r. w zakresie ceny oferty, uznał, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę poniżej kosztów, jakie będzie musiał ponieść, aby wykonać zamówienie, a tym samym, że oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę.

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: .....