Sygn. akt: KIO 1566/20
KIO 1633/20

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 10 lipca 2020 r. przez wykonawcę W. T. prowadzącego działalność gospodarczą

pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą

w Węglewie przy ul. Bukowej 13 (62-590 Golina) - sygn. akt KIO 1566/20;

B. w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu przy ul. Składowej 4 (86-300 Grudziądz) - sygn. akt KIO 1633/20

w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej

i Wodociągowej Sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim przy ul. Kościelnej 14 (87-700 Aleksandrów Kujawski),

przy udziale:

wykonawcy BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu przy ul. Śródmiejskiej 15 (62-800 Kalisz), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1633/20;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 1566/20 i nakazuje

zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 6 lipca 2020 r. polegającej na

odrzuceniu oferty wykonawcy W. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie ponownego wezwania ww. wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji przyjęcia, że złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu pozostawiają wątpliwości w zakresie oferowanej ceny;

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 1633/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 6 lipca 2020 r. polegającej na

odrzuceniu oferty wykonawcy Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu, dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie ponownego wezwania ww. wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji przyjęcia, że złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu pozostawiają wątpliwości w zakresie oferowanej ceny;

3. Kosztami postępowania odnośnie sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 1566/20 obciąża zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej Sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę W. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej Sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim na rzecz wykonawcy W. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

4. Kosztami postępowania odnośnie sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 1633/20 obciąża

przystępującego - wykonawcę BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od wykonawcy BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu na rzecz wykonawcy Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

4.3. zasądza od wykonawcy BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu na rzecz zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej Sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim kwotę w wysokości 2 605 zł 03 gr (słownie: dwa tysiące sześćset pięć złotych trzy grosze) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1566/20
KIO 1633/20

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Wodociągowej Sp. z o.o. z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim zwany dalej: „zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa kanalizacji oraz modernizacja oczyszczalni ścieków na terenie agi. Aleksandrów Kujawski - etap II część 2 (nr POIS. 02.03.00-00-0064/17-00), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 065-154454.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 1566/20

W dniu 10 lipca 2020 r. wykonawca W. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD W. T. z siedzibą w Węglewie (zwany dalej: „odwołującym” lub „KANWOD”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na:

- niewłaściwej ocenie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie rażąco niskiej

ceny;

- zaniechaniu przez zamawiającego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli uznał je za niewystarczające w odpowiedzi na swoje ogólnikowo sformułowane żądanie;

- odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4, w zw. z art. 90 ust. 3

Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie przy procedurze oceny wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego niezgodnie z zasadą przejrzystości;

2. art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie wykazał w sposób należyty, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przez pominięcie czy niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez odwołującego, czynników obiektywnych wskazanych w tym przepisie;

3. art. 90 ust. 3 Pzp przez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i przyjęcie, że oferta odwołującego się zawiera rażąco niską cenę, chociaż takiej konkluzji w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty zamawiający nie zawarł i jej nie uzasadnił;

4. art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, w sytuacji gdy zamawiający nie stwierdził w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę;

5. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 Uznk przez utrudnianie odwołującemu dostępu do rynku i pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania i uznania oferty odwołującego za ważną;

- dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

- ewentualnie o dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz nakazanie zamawiającemu do ponownego wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna się że obecne są niewystarczające.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- z przesłuchania na rozprawie strony w osobie W. T. na okoliczność wykazania, że charakter przedmiotu zamówienia oraz sposób świadczenia usług przez odwołującego sprawiają, że cena zaoferowana przez odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, zaś zaoferowana cena jest realna i prawidłowa;

- z dokumentów dołączonych do odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę (pierwszą w kolejności najniższą cenę). Wyjaśnił, że posiada interes w jego złożeniu, gdyż złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności zamawiającego oznaczałoby dla niego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania stosownej umowy na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zawiadomił go w dniu 6 lipca 2020 r. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Swoje rozstrzygnięcie w zakresie wykluczenia z postępowania Zamawiający uzasadnił

następującą argumentacją: W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te są niewystarczające i niepełne. Cechują się one zbyt dużym poziomem ogólności, nie zostały poparte wystarczającymi i odpowiednimi dowodami, bądź w ogóle nie odpowiadają na elementy, o które pytał Zamawiający. Są to okoliczności, które uprawniają i obligują Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych

Jak wskazał odwołujący, zamawiający dodatkowo stwierdził, że:

W odniesieniu do poszczególnych elementów cenotwórczych zawartych w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień należy wskazać, że w zakresie kosztów dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, kosztów zakwaterowania, kosztów biurowych, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, kosztów pośrednich - wskazano jedynie jednej zagregowaną kwotę nazwaną „koszty pośrednie", bez podziału na poszczególne elementy'; szczegółowych wyliczeń i rozbicia kosztów, czy opisania metodologii wyliczenia kosztu. Nie załączono też żadnych dowodów wykazujących twierdzenia KANWOD W. T. w tym zakresie.

W zakresie kosztów sprzętu wskazano jedynie ogólny koszt sprzętu i załączono zestawienie posiadanego sprzętu, bez odniesienia do szczegółowych wyliczeń dla realizacji niniejszego zamówienia i przyjętej metodyki obliczenia kosztu.

W zakresie kosztów materiałów załączono dowody, które cechują się niezgodnością z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż obejmują m.in. zamówienie na rury o wskaźniku trwałości SN 8 zamiast wymaganej SN 10. Również oferta na dostarczenie tłoczni zakłada termin realizacji, który w praktyce uniemożliwia dotrzymanie przez wykonawcę ustalonego kamienia milowego dla budowy tłoczni.

Dodatkowo oferty nie obejmują całości materiału wskazanego w kosztorysie dodatkowym, gdyż koszt materiałów z ofert nie jest równy kosztowi materiałów w kosztorysie dodatkowym. W zakresie kosztu pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia wskazano wyłącznie łączny koszt robocizny i załączono zestawienie wynagrodzeń w przedsiębiorstwie wykonawcy, bez odniesienia do szczegółowych wyliczeń dla realizacji niniejszego zamówienia, przyjętej metodyki obliczenia kosztu czy opisania organizacji pracy.

W zakresie kosztów związanych ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy KANWOD W. T. oraz kosztów podwykonawstwa - KANWOD W. T. nie podał żadnych informacji, pomimo uwzględnienia w ofercie, że część zamówienia zostanie zrealizowana siłami podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający ubocznie w ww. piśmie poinformował również go, iż

dokonując oceny wyjaśnień miał na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w szczególności wyroki: Krajowej Izby Odwoławczej z 3 grudnia 2019 r. KIO 2332/19, z 19 grudnia 2019 r. KIO 2514/19, z 4 lutego 2020 r. KIO 110/20, z 16 grudnia 2019 r. KIO 2427/19.

Reasumując zamawiający stwierdził, iż:

Nie można natomiast ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumacze}, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2019 r. KIO 1884/19; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2019 r. KIO 1524/19).

Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2019 r. KIO 1894/19).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty wykonawcy KANWOD W. T. na podstawie ww. okoliczności faktycznych i podstaw prawnych.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający błędnie ocenił jego ofertę (w szczególności w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rzekomo rażąco niskiej ceny) oraz bezpodstawnie ją odrzucił (a co najmniej przedwcześnie). Było dla niego rzeczą bezsporną, że jedynym powodem dyskwalifikacji go z postępowania przetargowego było według zamawiającego rzekomo niewłaściwe złożenie przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał wyjaśnienia oferenta za niewystarczające i niepełne, a także że są zbyt ogólnikowe lub nie odpowiadają na elementy, o które pytał zamawiający i dlatego też ofertę odrzucił, nie przedstawiając na tę okoliczność szczegółowego i konkretnego uzasadnienia, zadawalając się kilkoma ogólnymi uwagami i przytaczając kilka tez z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, pomijając całkowicie istotny wymóg wynikający z orzeczeń KIO, że odrzucając ofertę Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający takiej pewności nie ma, tym bardziej że nie przedstawił w tym zakresie żadnego uzasadnienia. Podkreślił, że zamawiający narzucił wykonawcom: w pkt. 17.2 SIWZ, że cena ma charakter ryczałtowy, w pkt. 17.6 SIWZ, że cena oferty obejmuje zakres robót ujętych w dokumentacji projektowej i w opisie przedmiotu zamówienia, w pkt. 7.7 SIWZ, że kosztorys ofertowy będzie pełnił funkcje informacyjną, w pkt. 17.10 SIWZ, że kosztorys ofertowy winien być sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej, w pkt. 17.15 SIWZ, że przedłożenia zmienionego kosztorysu względem wzoru przygotowanego przez zamawiającego lub wpisanie w którąkolwiek pozycję wartości zero będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy oraz w pkt. 17.16 SIWZ, że wykonawca na żądanie zamawiającego ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości cen jednostkowych i przedstawienia do wglądu kalkulacji cen jednostkowych. Odwołujący wyjaśnił, że spełnił wszystkie wymogi zamawiającego zarówno na etapie składania oferty, jak również na etapie składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, zaś zamawiający wbrew tym zapisom (bezpodstawnie a co najmniej przedwcześnie) odrzucił jego ofertę.

Odwołujący wskazał na treść wezwania zamawiającego z dnia 10 czerwca 2020 r. skierowanego do niego w zakresie udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oferty, w której zamawiający ogólnikowo i nieprecyzyjnie podaje, że:

Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy, koszty sprzętu i materiałów przeznaczonych do wykonania robót, założenia dot. marży (zysku), koszty pośrednie oraz inne koszty dodatkowe, w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy, przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający dysponując przedmiarem robót, na bazie którego zobowiązał oferentów do sporządzenia kosztorysu ofertowego (który zawierał się na 14 stronach formularza po ok. 30 pozycji na jednej stronie) posiadał wystarczającą wiedzę aby dokonać wstępnej weryfikacji poszczególnych pozycji i zażądać konkretnych wyjaśnień do konkretnych cen jednostkowych zawartych w konkretnych pozycjach (tak jak sam zresztą

to zredagował w pkt. 17.16 SIWZ). W wezwaniu do wyjaśnień zamawiający nie wskazał w sposób precyzyjny i jednoznaczny gdzie widzi wątpliwości co do realności wysokości poszczególnych cen jednostkowych a jedynie wskazał ogólnikowo, że interesują go koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, a także koszty dojazdu, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia i ubezpieczenia itp.

Zdaniem Odwołującego na tak sformułowane wezwanie co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił on i tak bardzo rzetelne, i dokładne szczegółowe informacje, poparte załączonymi dowodami, które zdaniem odwołującego nie zostały w sposób prawidłowy przez zamawiającego przeanalizowane i zinterpretowane, co doprowadziło do dowolnej i błędnej ich oceny, że są one ogólnikowe i niepełne.

Odwołujący podkreślił, że składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny przedstawił zamawiającemu dodatkowy kosztorys, w którym zawarł najważniejsze elementy cenotwórcze takie jak: robocizna, materiały, sprzęt, a także koszty pośrednie i zysk oraz tabelę elementów scalonych. Było rzeczą oczywistą dla odwołującego, że przy kosztorysowaniu robót budowlanych odrębną pozycję stanowią nakłady finansowe, których nie można przypisać do kosztów bezpośrednich związanych z wykonaniem konkretnych robót, ale które są niezbędne do stworzenia ogólnych warunków produkcji, jej obsługi, organizacji i kierowania. Nakłady te składają się na tak zwane koszty pośrednie obejmujące koszty zarządu firmy i koszty ogólne budowy takie jak: koszty dojazdu, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia i ubezpieczenia. Skoro zamawiający w dokumentacji przetargowej i w opracowanym przez siebie przedmiarze robót oraz wzorze kosztorysu ofertowego nie wyodrębnił pozycji, o których wyżej mowa to faktycznie mógł mieć wątpliwość czy koszty te wykonawca przewidział, ale w momencie kiedy otrzymał kosztorys dodatkowy, który był załącznikiem do wyjaśnień, winien uznać tą sprawę za wyjaśnioną, chyba że z jakichś powodów (nieznanych odwołującemu) przyjął, że koszty pośrednie w kwocie 825 252,00 zł przewidziane na ten cel są niewystarczające, mimo iż odwołujący kategorycznie twierdzi, że kwota ta jest prawidłowo wyliczona, zgodnie z zasadami kosztorysowania robót budowlanych tak zwaną metodą wskaźnikową (albowiem zamawiający nie stwierdził, że wskaźnik 50% R+S jest niewłaściwy), tym bardziej że mieści się on w zaleceniach Sekocenbudu, które przewidują koszty pośrednie w granicach od 40% do 80% R+S.

Mając powyższe na względzie odwołujący stwierdził należ, że zamawiający skupił swoją uwagę przede wszystkim na drugorzędnych składnikach cenotwórczych, zamiast na pierwszorzędnych i próbuje bezpodstawnie zdyskwalifikować ofertę odwołującego, uznając że nie zawiera wszystkich składników, chociaż jest to nieprawdą. Niezrozumiała jest argumentacja zamawiającego jak jego zdaniem miał zamawiający wyliczyć koszty dojazdu, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia wykonania umowy, czy chodziło mu o podanie do każdej tej pozycji konkretnej kwoty a jeśli tak to w oparciu o jaką podstawę prawną i jakie czynniki, skoro sam wcześniej w SIWZ określił, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a kosztorys tylko znaczenie informacyjne, chociaż w rzeczywistości i w praktyce zamawiający albo nie rozumie użytych przez siebie określeń, albo też świadomie nimi manipuluje i przy wyjaśnianiu kwestii rażąco niskiej ceny stosuje rozumowanie adekwatne do wynagrodzenia kosztorysowego.

Na marginesie powyższych rozważeń odwołujący podniósł „że tak ważne" dla zamawiającego koszty dojazdu, zakwaterowania czy koszty biurowe dla odwołującego (w jego kosztorysie) nie są tak bardzo istotne w skali kosztów całego przedsięwzięcia gdy weźmie się pod uwagę, że koszty zakwaterowania u odwołującego mogą w ogóle nie wystąpić zważywszy na fakt niewielkiej odległość między siedzibą firmy odwołującego a miejscem realizacji inwestycji, a także w sytuacji gdy Odwołujący posiada szeroką flotę samochodów do przewozu osób - nowoczesne busy, czy też szerokie zaplecze socjalne - nowoczesne kontenery, które w praktyce minimalizują wydatki na ten cel i na pewno z dużą rezerwą mieszczą się w przyjętych i ujawnionych kosztach pośrednich.

Co się tyczy ceny kosztów pracy to znając problematykę rażąco niskiej ceny, w szczególności zaniżania wynagrodzeń pracownikom odwołujący wyjaśnił, że skoncentrował się przede wszystkim na wykazaniu, iż wynagrodzenie osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia jest zgodne z obowiązującymi przepisami w zakresie ustawowego najniższego wynagrodzenia. Zdaniem odwołującego sprostał on temu wymogowi i przedstawił listę płac pracowników zaangażowanych, z której wynika jednoznacznie, że wynagrodzenie wypłacane przez odwołującego jest znacznie wyższe niż dopuszczalne minimalne wynagrodzenie. Niezrozumiały był również dla odwołującego zarzut zamawiającego, że nie podał on żadnych informacji w zakresie kosztów podwykonawstwa, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że z uwagi na specjalistyczny charakter przedsiębiorstwa odwołującego, jego potencjał osobowy i techniczny wykonuje on większość prac własnymi siłami (co ma istotny wpływ na obniżenie oferowanej ceny i jej konkurencyjność) a tylko w niewielkim zakresie korzysta z podwykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że w jego ofercie wyraźnie zaznaczono, że w realizacji przedmiotu zamówienia przewidziane jest podwykonawstwo jedynie w obrębie robót drogowych i to tylko w zakresie odtworzenia nawierzchni asfaltowych przez firmę

COLAS Polska sp. z o.o., gdyż wszystkie inne pomocnicze roboty drogowe również wykonywać będzie samodzielnie odwołujący. Skoro w kosztorysie ofertowym zgodnie z narzuconymi tytułami poszczególnych pozycji odwołujący przedstawił kalkulację także dla robót drogowych, które zamierza powierzyć podwykonawcy wskazanemu w ofercie, to trudno domyślić się jakie jeszcze inne dane potrzebne są zamawiającemu do zweryfikowania prawidłowości podanych wyliczeń, tym bardziej w sytuacji gdy nie zarzuca on błędów w tym wyliczeniu, czy też nie zarzuca pominięcia tego wyliczenia.

Odwołujący nie był w stanie zrozumieć co miał „na myśli" zamawiający pisząc w uzasadnieniu swojej decyzji (strona 5), że:

W zakresie kosztów sprzętu wskazano jedynie ogólny koszt sprzętu i załączono zestawienie posiadanego sprzętu, bez odniesienia do szczegółowych wyliczeń dla realizacji niniejszego zamówienia i przyjętej metodyki obliczenia kosztów,
skoro weźmie się pod uwagę fakt, że zamawiający na użytek postępowania przetargowego opracował przedmiar robót (znajdujących się w dokumentacji przetargowej), w którym odwołał się do norm określonych w KNR, a które zawierają zarówno koszty sprzętu, jak i koszty pracy, i które następnie były podstawą do sporządzenia przez odwołującego kosztorysu ofertowego wykonanego ściśle według narzuconego wzoru z zastosowaniem jednostkowych cen dla każdej pozycji opisanej zgodnie z normami KNR.

Zdaniem odwołującego to sam zamawiający zrezygnował z wynagrodzenia kosztorysowego a tym samym z opracowania szczegółowego kosztorysu inwestorskiego oraz ofertowego, uznając za pożądaną cenę ryczałtową a jedynie dla celów informacyjnych chciał aby przedłożono mu kosztorys uproszczony. W wezwaniu do wyjaśnień zamawiający nie wezwał jednak odwołującego do złożenia szczegółowego kosztorysu dla każdej pozycji zawierającej cenę jednostkową, czy też dla wyodrębnionych pozycji, zaś on nie miał obowiązku domyślać się jakie są oczekiwania zamawiającego, tym bardziej gdy określił on wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, które jest ryzykowane dla wykonawcy w sytuacji gdyby nie uwzględnił wszystkich elementów cenotwórczych i składników wynagrodzenia. Odwołujący wyjaśnił, że w tej sytuacji przedstawił kosztorys dodatkowy, w którym wyodrębnił wszystkie najważniejsze składniki cenotwórcze i który potwierdza prawidłowość przedstawionej kalkulacji cenowej włącznie z uzyskaniem realnego rozsądnego zysku i jego zdaniem był wystarczającym do rozwiania wątpliwości zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Zwrócił przy tym uwagę, że przy badaniu rażąco niskiej ceny zamawiający analizując przedstawione dowody zupełnie błędnie koncentrował uwagę nie na okoliczności związanej z wyjaśnieniem ceny a na okoliczności ubocznej niemającej istotnego znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia podstawowej kwestii jaką były jego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny. Uwaga ta dotyczy w szczególności twierdzenia zamawiającego, że dołączona do wyjaśnień oferta producenta tłoczni zakłada termin realizacji dostawy późniejszy niż termin wymagany dla budowy tłoczni, chociaż zamawiający „przeoczył", że odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach dwie oferty (w których zbliżone były kwoty zakupu tłoczni) zaś w drugiej ofercie - firmy PROINVEST tłocznia może być dostarczona w uzgodnionym przez strony terminie. Czemu ma służyć ten zarzut nie wiadomo, na pewno nie kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (a raczej próby podważenia rzetelności oferty w zakresie nieobjętym procedurą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) tak samo jak uwaga zamawiającego, że przedłożone oferty na dostawę materiału nie zawierają całości materiału wskazanego w kosztorysie dodatkowym, co nie świadczy przecież, że odwołujący nie użyje do realizacji robót materiałów w pełnym zakresie i wartości przyjętej w kosztorysie dodatkowym. Dołączone oferty na dostawę materiału dotyczyły partii towaru specjalistycznego i najbardziej kosztochłonnego, zaś pozostały towar (masowy - np. żwir i tłuczeń) zostanie zrealizowany na podstawie odrębnych dostaw.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że zamawiający zarzucił mu także, iż załączone dowody cechują niezgodności z wymogami SIWZ, gdyż obejmują zamówienie rur o wskaźniku SN 8 zamiast wymaganej SN 10. Faktycznie oferta sporządzona była przy uwzględnieniu rur określonych pierwotnie przez zamawiającego jako typ SN 8 (później zmieniona przez zamawiającego na typ SN 10), co nie powoduje automatycznie uznania nieprawidłowości jej ceny (a co najwyżej konieczność zwrócenia się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień), które łatwo można by było uzupełnić poprzez złożenie dodatkowego oświadczenia dostawcy, że cena rur SN 8 i SN 10 dla odwołującego zaoferowana przez dostawcę jest taka sama.

Odwołujący wskazał, że zamawiający twierdził jakoby swoich wyjaśnień nie poparł wystarczającymi i odpowiednimi dowodami, nie przedstawił dokumentów, że zamówienie po zaoferowanej cenie jest porównywalne cenowo do wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego jest to oczywista nieprawda, gdyż dołączył on do wyjaśnień na potwierdzenie prawdziwości swoich twierdzeń np. dodatkowe referencje na wykonane wcześniej roboty. Zakres robót jest podobny zarówno co do wielkości jak i wartości, jak również jest większy, jednakże referencje miały służyć wykazaniu, że odwołujący posiada nie tylko duże doświadczenie zawodowe oraz cechuje go wysoki profesjonalizm, ale przede wszystkim, że udowodnił, że powierzone roboty wykonuje ze

znaczonym wyprzedzeniem czasowym. Zamawiający nie zauważył bardzo istotnego faktu, że w referencji PUK sp. z o.o. z Rokietnicy roboty zostały wykonane bezusterkowo do dnia 29 grudnia 2016 r., zamiast wymaganego terminu 31 grudnia 2017 r. czyli o rok wcześniej, co przyniosło wymierną korzyść ekonomiczną odwołującemu poprzez obniżenie faktycznych kosztów robocizny i sprzętu, w stosunku do przyjętych przez inwestora. Podobną sytuację potwierdza referencja Gminy Długołęka gdzie roboty zakończono 2 stycznia 2018 r. zamiast 15 października 2018 r., czyli ponad 11 miesięcy przed terminem. Wyżej opisane informacje przy prawidłowej interpretacji świadczą, że jedną z metod obniżenia kosztów realizacji inwestycji stosowaną od kilku lat przez odwołującego jest sprawne, szybkie i rzetelne wykonywanie robót, co przekłada się bezpośrednio na zmniejszenie kosztów.

Odwołujący wskazał, że poinformował zamawiającego, iż planuje wykonać inwestycje z wyprzedzeniem 6-miesięcznym, co pozwoli mu na pomniejszenie funduszu wynagrodzeń oraz kosztów sprzętu. Wyjaśnił, że jego deklaracja nie jest gołosłowna i nieprawdziwa gdy weźmie się pod uwagę treść złożonych referencji oraz umów wykonawczych, tym bardziej gdy dodatkowo uwzględni się referencje potentata w tej branży jakim jest firma AQUANET w Poznaniu, na rzecz której odwołujący wykonuje inwestycje z wielomiesięcznym wyprzedzeniem.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w swojej decyzji o odrzuceniu jego oferty nie przedstawił żadnych dowodów ani wyliczeń własnych, z których wynikałoby, że wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez niego jest prawidłowa, oraz że w poszczególnych pozycjach kosztorysy ofertowego istnieją znaczące różnice między kalkulacją zamawiającego a odwołującego, które by uzasadniały jego wątpliwości co do realności ceny. Zamawiający zarzuca jakoby odwołujący ogólnikowo przedstawił koszty pracownicze. Jest to oczywista nieprawda, gdyż w swojej odpowiedzi wyraźnie określił kwotę jaka jest przeznaczona na wynagrodzenia pracownicze. W odpowiedzi wyraźnie określono, że stawka roboczogodziny przyjęta do obliczeń znacząco przekracza minimalną stawkę i czyni to wynagrodzenie realnym, i atrakcyjnym dla osób wykonujących przedmiot zamówienia. Ponadto jak stwierdził odwołujący, zamawiający wskazuje, że niewłaściwie przedstawił koszty sprzętu. Jest to dla odwołującego oczywista nieprawda, gdyż to zamawiający sam wskazał w SIWZ (w formularzu ofertowym, którego wzór odwołujący wypełnił i w pełni zaakceptował) jaki sprzęt jest niezbędny dla realizacji inwestycji. Wyjaśnił, że w swojej ofercie potwierdził swoim oświadczeniem, że dysponuje wymaganym sprzętem a dodatkowo do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił cały park najważniejszych maszyn oraz specjalistycznego sprzętu, co dowodzi również prawdy, że odwołujący jest w stanie sam bez pomocy podwykonawców wykonać prawie cały zakres robót w dużo krótszym terminie niż większość konkurujących z nim podmiotów. Zamawiający całkowicie pomija również fakt, że w swoich wyjaśnieniach odwołujący przedstawił dowody na otrzymanie z Państwa wsparcia finansowego, które zostało przez niego wykorzystane na poprawienie konkurencyjności, czego dowodem najlepszym jest osiąganie zysków i korzyści z realizacji kontraktów na rzecz różnych inwestorów po najniższych realnych cenach, które z uwagi na szybkość działania odwołującego przynoszą wymierne korzyści.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący skonstatował, że jak widać z przedstawionych powyżej wyjaśnień w żaden sposób nie można przedstawionej przez niego ceny ofertowej uznać za rażąco niską i mieć w tym zakresie wymaganą przez prawo pewność. Można natomiast uznać, a nawet trzeba, że cena szacunkowa przedmiotu zamówienia jest zawyżona i nie wynika w żaden sposób z ilości robót niezbędnych do wykonania a opisanych w przedmiarze robót i ujętych we wzorze kosztorysu ofertowego. Odwołujący podniósł, że w obowiązującym orzecznictwie KIO poziom szczegółowości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może prowadzić automatycznie do ich dyskwalifikacji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające jeżeli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny - co w niniejszej sytuacji miało miejsce. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż skoro cena ofertowa ma charakter ryczałtowy (niezmienna obejmująca wszystkie czynności wykonawcy), a zamawiający nie żądał, aby wraz z ofertą wykonawca załączył jakikolwiek dokument

wskazujący na sposób obliczenia ceny, dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne

jest potwierdzenie przez zamawiającego, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

Oznacza to, że zamawiający podając informację odrzuceniu oferty odwołującego powinien

wskazać te okoliczności, które ustalił bezspornie w sposób niebudzący wątpliwości a tego w niniejszej sprawie nie zrobił. Zakończenie przez zamawiającego procedury wyjaśnień z pozostawieniem rzekomo nieusuniętych wątpliwości, wynikających z braku dołączenia do

wyjaśnień dowodów w postaci odrębnych dokumentów i podjęcie w tym stanie decyzji o

odrzuceniu oferty odwołującego nie może być uznane za prawidłowe.

Odwołujący kategorycznie podkreślił, że podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty, zamawiający w odniesieniu do żadnej z podanych pozycji kosztowych nie postawił zarzutu, iż jest ona nierealna i rażąco niska. Jedyną przesłanką do odrzucenia oferty Odwołującego jest

ogólnikowe stwierdzenie o małej szczegółowości i precyzyjności wyjaśnień, i braków

dowodów na ich potwierdzenie. Pamiętać należy, że przepisy Pzp nie wykluczają kontynuacji procedury wyjaśnień w sytuacji istnienia wątpliwości i zobowiązują zamawiającego do

dalszego działania w tym zakresie poprzez czytelne sprecyzowanie oczekiwań zamawiającego, tak aby wykonawca wiedział, w którym kierunku dowód ma przeprowadzić i na jakim poziomie szczegółowości, tj. wskazania co faktycznie budzi wątpliwości zamawiającego. Bez tego każde wyjaśnienie wykonawcy może okazać się niepełne i niedostateczne, jeżeli zamawiający będzie dokonywał dowolnej oceny tak jak uczynił to w niniejszym postępowaniu wobec odwołującego.

Tak więc bez doprecyzowania przez zamawiającego jakich konkretnych pozycji kosztowych, stanowiących wprost koszty związane bezpośrednio z przedmiotowym świadczeniem ma

dotyczyć wyjaśnienie i bez wskazania racjonalnego, i uzasadnionego stopnia szczegółowości wyjaśnień lub kalkulacji, jakich zamawiający wymaga we wskazanym zakresie, każde wyjaśnienie składane przez wykonawcę może być w jakimś zakresie kwestionowane, jako niewypełniające oczekiwań zamawiającego, co winno być kwalifikowane jako naruszenie przez zamawiającego zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp oraz w art. 90 ust. 1 Pzp.

Następnie odwołujący wskazał, że należy pamiętać, iż art. 90 ust. 1-3 Pzp, regulujący

kwestię wyjaśnień wysokości ceny ofert wykonawców oraz sposób oceny tych wyjaśnień przez zamawiającego, w sposób precyzyjny w pkt. 1-5 art. 90 ust. 1 Pzp określa zakres przedmiotowy wyjaśnień (który nie jest zamknięty) wskazując jakie najistotniejsze informacje powinny zawierać wyjaśnienia aby rozwiać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ i obowiązującymi przepisami.

zaś w art. 90 ust. 3 Pzp ustanawia sankcje, iż:

Odwołujący jeszcze raz podniósł, że treść wezwania zamawiającego z dnia 10 czerwca 2020 r. miała charakter ogólnikowy i praktycznie sprowadzała się do zacytowania treści przepisu art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Takie wezwanie nie czyni zadość wymogom wynikającym z treści art. 90 ust. 1 Pzp szczególnie w sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu gdzie w ofercie podana została ogólna cena ryczałtowa, zaś w kosztorysie uproszczonym we wszystkich pozycjach ceny jednostkowe, zatem przez samą treść wezwania w okolicznościach tej sprawy doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp.

W tej sytuacji zdaniem odwołującego jego wyjaśnienia odnosiły się do tak sprecyzowanego wezwania i nie mogą w tych warunkach stanowić podstawy do oceny wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Bez przeprowadzenia pełnej i prawidłowej procedury wyjaśnień w odniesieniu do poddanej badaniu oferty, gdy zachodzą wątpliwości co do wysokości oferowanej ceny zarzut rażąco niskiej ceny oferty nie może zostać postawiony ani oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp czy też na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Zatem, skoro zamawiający nie skierował bardziej szczegółowego wezwania a uważał, że otrzymane wyjaśnienia nie są wystarczające, by można je było poddać prawidłowej ocenie, to powinien poprosić wykonawcę o ich uszczegółowienie we wskazanym zakresie i przedstawienie dodatkowych dowodów wskazując np., które uznałby za najbardziej przekonujące niż te które zaproponował wykonawca. Jakkolwiek jest bezsporne w orzecznictwie i praktyce a obecnie poparte także brzmieniem przepisu jest, że ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłom wykonawcy.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśnień prawidłowo i nie dokonał właściwej oceny przedłożonych dowodów. Zamawiający skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp i odrzucił ofertę jednakże trudno z uzasadnienia jego decyzji wywnioskować jakie konkretnie zastrzeżenia miał do wyjaśnień i na jakiej podstawie uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę, chociaż tego wprost nie wyartykułował ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że wyjaśnienia odwołującego ocenił w takim sam sposób jakby ich nie było wcale, co jest oczywistym błędem mając na uwadze treść tych wyjaśnień oraz załączników. Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach podał konkretne okoliczności mające wpływ na

wyliczenie ceny ofertowej, w szczególności opisane w art. 90 ust. 1 pkt. 1-5 Pzp a jeżeli zamawiający miał w dalszym ciągu jakieś wątpliwości co do prawidłowości wysokości składników cenotwórczych powinien przede wszystkim żądać od wykonawcy ich dodatkowego wyjaśnienia, czy doprecyzowania a nie przyjmować istnienie tych wątpliwości na niekorzyść odwołującego. Podkreślił przy tym, że żaden przepis Pzp nie wprowadza zakazu ponowienia wezwania wykonawcy o przedstawienie dalszych elementów kalkulacyjnych czy też okoliczności potwierdzających zasadność wcześniej przedstawionych. Możliwość taką potwierdza jednolite orzecznictwo KIO i sądów powszechnych na przestrzeni kilku lat od wyroku KIO z 14 października 2014 r. oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 października 2013 r. w sprawie o sygn. XXIII Ga 1388/13 do chwili obecnej. Taka możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, budzące wątpliwości wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok KIO z 27 lipca 2017 r., sygn. akt 1336/17, wyrok z 18 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 150/16, wyrok z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 416/17) i sądów okręgowych (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10).

Według odwołującego zwrócenia uwagi wymaga także to, iż leży to w interesie zamawiającego, który w sytuacji rzetelnej odpowiedzi wykonawcy na jego wystąpienie, uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych przez wykonawcę kosztów i zapewnia sobie możliwość oceny realności wykonania przedmiotu zamówienia, jak również zapobiega odrzuceniu korzystniejszej pod względem ekonomicznym oferty. W sytuacji, gdy zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości, jest możliwe wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 321/170). Pamiętać także należy, że oferta z rażąco niską ceną to oferta z ceną nierealną, nie pozwalającą na wykonanie zamówienia z należytą starannością, wskazująca zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na uzyskanie przez niego zysku. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wykazał, iż zaoferowane przez odwołującego wynagrodzenie jest wynagrodzeniem nierealnym, zatem nie można zgodzić się z uznaniem przez zamawiającego, iż wykonawca zaoferował realizację za rażąco nisko cenę lub nie wykazał istnienia okoliczności, które wpływają na jej obniżenie w stosunku do cen zawartych w innych ofertach.

Odwołujący poinformował, że w niniejszej sprawie ma się wrażenie, że zamawiającemu od początku postępowania przetargowego nie zależało na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty spośród złożonych przez różnych wykonawców a wręcz przeciwnie do ich wyeliminowania. Zwrócił uwagę, że zamawiający w postępowaniu przetargowym nie może także naruszać naczelnej zasady postępowania przetargowego - uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), jak również działania zgodnie z zasadą przejrzystości.

W tym kontekście przywołał uregulowania zawarte także w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności art. 3 ust. 1 Uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jeżeli zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta albo je narusza. W ustępie 2 przywołanego przepisu zawarto otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, w którym jako przykład wymieniono utrudnienie dostępu do rynku, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu względem odwołującego. Z tych względów odwołujący uznał, że swoim postępowaniem zamawiający naruszył jego interes prawny, który prowadzi działalność gospodarczą i utrzymuje się z realizacji m. in. zamówień publicznych a w niniejszej sprawie mimo, iż złożył najkorzystniejszą ofertę na wskutek wadliwego rozstrzygnięcia postępowania pozbawiony został możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Swoim działaniem zamawiający naruszył także interes publiczny albowiem pod pretekstem rażąco niskiej ceny odrzucił prawidłową ofertę odwołującego i dopuścił do możliwości wyboru oferty znacznie droższej, co w sposób nieuzasadniony i bezprawny będzie skutkować wydatkowaniem większych środków publicznych, co dodatkowo narusza także dyscyplinę finansów publicznych i powinno skutkować koniecznością przeprowadzenia odrębnych postępowań kontrolnych przez stosowne organy.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, które odbyło się w dniu 6 sierpnia 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości;

- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub

rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

- oddalenie wniosku odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Skierowane przez niego wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2020 r. oparte było na regulacji przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, bowiem całkowita cena oferty odwołującego była 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 Pzp.

Z uwagi na brzmienie ww. przepisów, zamawiający byt zobowiązany do wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień niezależnie od tego, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Następnie zamawiający wskazał, że w toku postępowania, m.in. z uwagi na sygnały płynące

z rynku i informacje przekazywane przez odwołującego w treści wyjaśnień i odwołania o zmianach rynkowych dotyczących poziomu cen w okresie od wszczęcia postępowania do

chwili obecnej, dokonał dodatkowej weryfikacji ustalonej przed wszczęciem postępowania

szacunkowej wartości zamówienia, W tym celu przy pomocy niezależnego specjalisty dokonana została ponowna wycena wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem zamówienia, w formie kosztorysów inwestorskich zaktualizowanych na dzień 31 lipca 2020 r. W wyniku przeprowadzonych badań zamawiający stwierdził, że pierwotna szacunkowa wartość zamówienia była znacząco zawyżona względem tej, która powinna stanowić odniesienie dla oceny realności cen zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu. Różnica pomiędzy szacunkami wynosi 1 289 227,64 zł. Niemniej jednak biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia przez zamawiającego, cena oferty odwołującego wciąż jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 35%. Oznacza to, że przy uwzględnieniu zweryfikowanej wartości szacunkowej zamówienia nadal występuje przesłanka obligatoryjnego badania ceny oferty odwołującego, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r., a w konsekwencji także odrzucenie oferty odwołującego, zostało zatem - w ocenie zamawiającego - dokonane zasadnie.

W pierwszej kolejności zamawiający zwrócił uwagę na konieczność jasnego

rozróżnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Przepis ten brzmi następująco: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika z tego, że zamawiający jest obowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy w dwóch przypadkach:

- gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień;

- gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera

rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przesłanka braku wyjaśnień, o której mowa w tiret 1 powyżej, zostaje spełniona nie tylko w przypadku braku złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, ale też w przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień niewystarczających, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 października 2019 r. KIO 1894/19; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 grudnia 2019 r. KIO 2517/19). Powyższe rozróżnienie jest o tyle istotne, że odwołujący zdaje się mylić opisane podstawy i wielokrotnie w treści odwołania podaje, że zamawiający rzekomo stwierdził na podstawie złożonych przez odwołującego wyjaśnień, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Już w pierwszym akapicie uzasadnienia odwołujący twierdzi, że zamawiający odrzucił ofertę „z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia". Jest to oczywistą nieprawdą, gdyż zamawiający w sposób jasny i wyczerpujący opisał podstawy odrzucenia w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Podstawami tymi było złożenie przez odwołującego wyjaśnień niewystarczających i niepełnych, cechujących się zbyt dużym poziomem ogólności, niepopartych odpowiednimi dowodami oraz nieodpowiadających na wszystkie elementy, o które pytał zamawiający.

Zamawiający wyjaśnił, że nie stwierdził, iż zaoferowana przez odwołującego cena lub koszt jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał, zgodnie z przywołanym powyżej orzecznictwem KIO, że spełniona została przesłanka braku złożenia wyjaśnień przez odwołującego, co zobowiązywało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego. W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazuje też, że „jest rzeczą bezsporną, że jedynym powodem dyskwalifikacji Odwołującego się z postępowania przetargowego było według Zamawiającego rzekomo niewłaściwe złożenie przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia". Odwołujący ma zatem świadomość co było rzeczywistym powodem odrzucenia jego oferty, jednak mimo to przytacza argumentację i twierdzenia nieprawdziwe oraz nie mogące być przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego całkowicie pominięta powinna zostać argumentacja odwołującego zawarta w uzasadnieniu odwołania, która dotyczy rzekomego stwierdzenia przez zamawiającego, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Tym samym bezzasadne jest podnoszenie przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp (tiret trzecie i czwarte zarzutów odwołującego). Pominięte też powinny zostać fragmenty uzasadnienia przytaczające orzecznictwo odnoszące się do rażąco niskiego charakteru ceny i przesłanek jej stwierdzenia. Zamawiający podniósł także, że jakiekolwiek wyjaśnienia i dowody dot. realności zaproponowanej ceny składane przez odwołującego na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Ponadto w świetle powyższego całkowicie bezpodstawnym staje się wniosek odwołującego o przesłuchanie p. W. T. w charakterze strony na okoliczność wykazania, że charakter przedmiotu zamówienia oraz sposób świadczenia usług przez odwołującego sprawiają, że cena zaoferowana przez odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, zaś zaoferowana cena jest realna i prawidłowa, bowiem nie są to okoliczności, które stanowią przedmiot rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W dalszej kolejności zamawiający stanowczo zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp było sformułowane ogólnikowo, a w szczególności że ograniczało się do zacytowania przepisu ustawy. W treści wezwania zamawiający szczegółowo i konkretnie wymienił elementy kosztowe, które powinny znaleźć się w wyjaśnieniach odwołującego. Zamawiający żądał przekazania w ramach wyjaśnień, wraz z dowodami, elementów kalkulacyjnych i konkretnych założeń, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się do kilkunastu wskazanych szczegółowo kosztów zamówienia. Zamawiający przy tym nadmienił, że nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w zakresie poszczególnych pozycji złożonego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Zamawiający wyliczył konkretne obszary, w ramach których odwołujący byt obowiązany złożyć wyjaśnienia, ze wskazaniem informacji opisanych w wezwaniu. Spełnienie przez odwołującego wymogów dot. sporządzania kosztorysu ofertowego nie miało znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień na etapie badania rażąco niskiej ceny. Na marginesie zamawiający wskazał także, że ryczałtowa formuła rozliczenia się z wykonawcą przyjęta przez niego w ramach przedmiotowego zamówienia nie ma znaczenia dla możliwości badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wyjaśnił, ze jak podał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, nie sprostał on wezwaniu i złożył wyjaśnienia niepełne, w niektórych częściach zbyt ogólne oraz niepoparte odpowiednimi dowodami. Odnosząc się do poszczególnych elementów wezwania wskazanych przez zamawiającego:

- koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia - odwołujący wskazał wyłącznie łączny koszt robocizny oraz załączył zestawienie wynagrodzeń w przedsiębiorstwie odwołującego. W tym zakresie nie został opisany sposób, założenia, czy elementy kalkulacyjne dla wyliczenia kosztów sprzętu dla przedmiotowego postępowania (np. organizacja pracy, liczba brygad, ilość osób w brygadzie);

- koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia - odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że koszty te zawarte są w pozycji „koszty pośrednie" kosztorysu dodatkowego, wraz z pięcioma innymi elementami, bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- koszty zakwaterowania - odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że koszty te zawarte są w pozycji „koszty pośrednie" kosztorysu dodatkowego, wraz z pięcioma innymi elementami,

bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- koszty biurowe - odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że koszty te zawarte są w pozycji „koszty pośrednie" kosztorysu dodatkowego, wraz z pięcioma innymi elementami, bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy - odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że koszty te zawarte są w pozycji „koszty pośrednie" kosztorysu dodatkowego, wraz z pięcioma innymi elementami, bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- koszty ubezpieczenia OC - odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że koszty te zawarte są w pozycji „koszty pośrednie" kosztorysu dodatkowego, wraz z pięcioma innymi elementami, bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- koszty związane ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy - odwołujący w wyjaśnieniach nie zawarł informacji dotyczących tych kosztów;

- koszty sprzętu przeznaczonego do wykonania robót - odwołujący w wyjaśnieniach wskazał jedynie ogólny koszt sprzętu i załączył zestawienie posiadanego sprzętu. W tym zakresie nie został opisany sposób, założenia, czy elementy kalkulacyjne dla wyliczenia kosztów sprzętu dla przedmiotowego postępowania;

- koszty materiałów przeznaczonych do wykonania robót - odwołujący wskazał w wyjaśnieniach łączny koszt materiałów i załączył trzy oferty na materiały od dostawców. W tym zakresie należy wskazać, że przedstawione dowody byty niepełne, bowiem nie obejmowały całości materiałów przeznaczonych do realizacji zamówienia, a w szczególności nie obejmowały całości kwoty wskazanej przez odwołującego jako koszt materiałów. Dodatkowo oferty cechowały się niezgodnością z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż obejmowały m.in. zamówienie na rury o wskaźniku trwałości SN8 zamiast wymaganej SN10, co zamawiający ocenił jako przedstawienie przez odwołującego dowodów nie tylko niepełnych, ale również nierzetelnych;

- założenia dot. marży (zysku) - odwołujący wskazał założenie dotyczące zysku;

- koszty pośrednie - odwołujący wskazał w kosztorysie dodatkowym pozycję „koszty pośrednie", która zawierała m.in. pięć elementów, o których mowa powyżej, bez rozróżnienia na poszczególne koszty, bez wskazania sposobu wyliczenia tych kosztów oraz bez załączenia dowodów;

- inne koszty dodatkowe - w wyjaśnieniach brak jest informacji o innych kosztach, jednak w tym zakresie zamawiający uznał, że odwołujący takich kosztów nie przewiduje;

- koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom -

odwołujący w wyjaśnieniach nie zawarł informacji dotyczących kosztów podwykonawstwa, nie przedstawił też żadnych dowodów (np. oferty podwykonawcy) na okoliczność wykazania tych kosztów, pomimo wskazania w ofercie, że część przedmiotu zamówienia będzie wykonywał przy pomocy podwykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego istotnie były nieprawidłowe i niewystarczające przy uwzględnieniu treści wezwania. W szczególności braki w zakresie poszczególnych elementów i braki w dowodach na poparcie twierdzeń odwołującego należało uznać za spełnienie przesłanki braku złożenia wyjaśnień przez

odwołującego, co zobowiązywało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

W zakresie braku możliwości rzetelnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zamawiający stwierdził, że celem badania wyjaśnień dot.

rażąco niskiej ceny przez zamawiającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że

zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty. Rzetelna ocena wyjaśnień wymaga zatem,

aby były one przedłożone przez wykonawcę w sposób prawidłowy, rzetelny i wyczerpujący. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (nie tylko dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny) jest dołożenie wszelkiej staranności, by

wyjaśnienia te zawierały wszystkie informację, których oczekuje zamawiający. Ponadto,

zgodnie z art. 90 ust. Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający ma obowiązek badać wyjaśnienia nie tylko pod względem tego, czy są wiarygodne i wykazują brak charakteru rażąco niskiej ceny, ale również czy zostały poprawnie złożone. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w treści uzasadnienia wyroku z 16 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2427/19). Kluczową kwestią dla stwierdzenia prawidłowości złożonych

wyjaśnień, jest przedłożenie przez wykonawcę odpowiedzi w pełni odpowiadającej na zapytanie zamawiającego, a także popartej dowodami. Takie stanowisko wyraziła Izba m.in. w wyroku z dnia 4 lutego 2020 r. (sygn. akt KIO 110/20).

Mając na uwadze powyższe bezsprzecznym dla zamawiającego było, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego musiały zostać przez zamawiającego ocenione jako niewystarczające, niepełne i nieczyniące zadość wezwaniu zamawiającego. Brak odpowiedzi odwołującego na niektóre elementy zawarte w wezwaniu (koszt podwykonawstwa, koszt personelu wykonawcy), brak lub nierzetelność załączonych do wyjaśnień dowodów, a także lakoniczność i ogólnikowość w zakresie niektórych elementów, uniemożliwiły zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę złożonych wyjaśnień.

Odnośnie braku możliwości ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zamawiający wyjaśnił, że przepis art. 90 Pzp oraz inne przepisy tej ustawy nie wykluczają ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. Zamawiający jest jednak w tym zakresie ograniczony pewnymi warunkami, które uszczegółowione zostały przede wszystkim w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ponowne wezwanie nie może w szczególności stanowić „ratowania" oferty, gdy pierwsze wyjaśnienia były wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe czy niepoparte faktami. Zamawiający zwrócił w tym miejscu uwagę na brzmienie uzasadnienia wyroku KIO z 21 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1524/19) i w tym kontekście stwierdził, że nie może wyręczać wykonawcy, jeżeli ten niestarannie wyjaśnił cenę swojej oferty lub nie załączył dowodów na potwierdzenie swoich oświadczeń. Niestaranne działanie wykonawcy poprzez złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami skutkować musi odrzuceniem jego oferty. Przede wszystkim powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień, które zostały już złożone na pierwsze wezwanie zamawiającego. W tym kontekście zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1884/19) oraz wyrok z 16 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2664/19).

W konkluzji tej części zamawiający wskazał, że uwzględniając przedstawione powyżej poglądy orzecznicze należy bezsprzecznie stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie był uprawniony do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, a był zobowiązany do odrzucenia jego oferty.

Sygn. akt KIO 1633/20

W dniu 15 lipca 2020 r. wykonawca Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu (zwany dalej: „odwołującym" lub „Melbud") wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego oraz czynności zaniechanych przez zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego (dokonanego pismem zamawiającego z dnia 6 lipca 2020 r. znak: L, dz.34/2020/JRP/O zatytułowanym „Zawiadomienie o odrzuceniu ofert"), zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień (jeżeli zamawiający uznał złożone wyjaśnienia przez odwołującego za niewystarczające), wadliwej ocenie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, niezgodnym z przepisami sporządzeniu uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny lub kosztu oraz pomimo, że odwołujący zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 2 Pzp przez wadliwe przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz wadliwą i niezgodną ze stanem faktycznym ocenę złożonych przez

odwołującego wyjaśnień;

4. art. 90 ust. 3 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i bezpodstawne oraz niezgodne ze stanem faktycznym uznanie, że odwołujący w sposób ogólnikowy, lakoniczny bądź niewystarczający wyjaśnił złożoną przez siebie ofertę oraz nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak podania wystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i tym samym sporządzenie uzasadnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w sposób niepełny, lakoniczny, ogólny, nierzetelny i nieodnoszący się do powodów odrzucenia oferty, przy jednoczesnym błędnym (niezgodnym ze stanem sprawy) i wybiórczym przytoczeniem wybranych przez zamawiającego argumentów i dowolnym pominięciem znacznej części wyjaśnień odwołującego;

6. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w sytuacji gdy w ocenie zamawiającego złożone wcześniej wyjaśnienia odwołującego nie usuwały wszystkich wątpliwości zamawiającego w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;

lub ewentualnie:

- dokonanie ponownego wezwania odwołującego do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji przyjęcia, że złożone wyjaśnienia w dalszym ciągu pozostawiają wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp i należycie zbadałby oraz ocenił ofertę oraz wyjaśnienia odwołującego w postępowaniu, to nie dokonałby odrzucenia jego oferty. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego jest pozbawienie odwołującego możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która - wobec odrzucenia ze względu na szereg nieprawidłowości oferty KANWOD W. T. - stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą" - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym poprzez odrzucenie oferty odwołującego zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz (skutkiem odrzucenia) na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Co więcej wskazane naruszenia Pzp niewątpliwie miały istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w argumentacji odrzucenia jego oferty w pierwszej kolejności ograniczył się do wskazania, że w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te są niewystarczające i niepełne. Cechują się one zbyt dużym poziomem ogólności, nie zostały poparte żadnymi dowodami, bądź w ogóle nie odpowiadają na elementy, o które pytał Zamawiający. Są to okoliczności, które uprawniają i obligują Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższą część uzasadnienia odwołujący wskazał, że pierwsza część

uzasadnienia na które składają się powyższe trzy zdania, które dodatkowo zostały przez zamawiającego wyboldowane (co w ocenie odwołującego oznacza, że dla zamawiającego jest to kluczowa część uzasadnienia) w żaden sposób nie może być uznana za uzasadnienie czynności odrzucenia. Stwierdzenie to wynika z faktu, że zdania te nie odnoszą się w żadnej mierze do złożonych przez odwołującego wyjaśnień, a jedynie opisują w sposób generalny instytucję czynności odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Co więcej w zdaniu drugim z tychże trzech zdań zamawiający użył spójnika „bądź", który to w logice prawniczej oznacza dysjunkcję. Zgodnie z definicją dysjunkcja jest fałszywa, kiedy oba zwroty wchodzące w jej skład są prawdziwe, czyli przy użyciu tego łącznika nie można wybrać dwóch lub większej części wyrażenia jak w przypadku łącznika „lub". Przenosząc te rozważania na kanwę niniejszej sprawy odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pisma zamawiającego odrzucenie odwołującego nastąpiło wyłącznie z jednej przyczyny ze zbioru przedstawionych przez zamawiającego przyczyn: zbyt dużego poziomu ogólności wyjaśnień, braku poparcia wyjaśnień dowodami, bądź w ogóle nie odpowiadania wyjaśnień na elementy. Tym samym zgodnie z treścią tego pisma zamawiający odrzucił wyjaśnienia wyłącznie z jednej z tychże przyczyn, jednakże nie wiadomo której, a do tego nie wiadomo czemu mimo to przywołał więcej niż jedną przyczynę w sytuacji gdy uzasadnienie winno odnosić się konkretnie do sytuacji odwołującego. Wszystko to powoduje, że w niniejszej sprawie pomimo wyboldowania i konkretnego ustawienia tychże trzech zdań na początku hierarchii merytorycznego uzasadnienia - nie sposób stwierdzić z jakiego powodu konkretnie wedle zamawiającego odwołujący winien zostać odrzucony. Wskazana część pozwala jedynie co najwyżej domniemywać, że odrzucenie odwołującego nastąpiło z jednej z trzech przywołanych przyczyn, przy czym nie sposób stwierdzić na podstawie dokładnie której. Z tego powodu omawiana część uzasadnienia nie przystaje do stanu sprawy oraz nie jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i nie może zostać uznana za uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w następnej części zawiadomienia zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do poszczególnych elementów cenotwórczych zawartych w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień należy wskazać, że w zakresie kosztów pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, kosztów biurowych, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, kosztów sprzętu, kosztów materiałów, kosztów pośrednich, innych kosztów dodatkowych — wskazano kwoty ogólne, bez szczegółowych wyjaśnień i rozbicia kosztów, czy opisania metodologii wyliczenia kosztu. Część z tych kosztów została także ujęta w formie zagregowanej kwoty, bez rozdzielnia na poszczególne elementy.

W ocenie odwołującego zachowując ciąg narzucony przez zamawiającego w swoich wyjaśnieniach dokładnie przedstawił żądane przez zamawiającego kwoty, jak również inne okoliczności i koszty (które to zamawiający w całości zignorował). W szczególności, poza innymi oszczędnościami i kosztami wskazanymi w wyjaśnieniach, odwołujący wskazał na stronie 4 i 5 wyjaśnień: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia tj.: robotników budowlanych bez operatorów - 643.222,27 zł, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia - 215.136,00 zł, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC przyjęto m.in. w Kosztach Zarządu tj. w wartości- 575.255,85 zł, koszty sprzętu wraz z kosztami pracy operatorów - 2.190.604,13 zł, koszty materiałów z uwzględnieniem rabatów oraz wynegocjowanych cen wyłącznie na tę realizację (bez kosztów mas asfaltowych, ujętych w ofercie podwykonawcy) - 2.716.000,00 zł, koszty wykonania nawierzchni asfaltowych na przygotowanej podbudowie - 678.129,50 zł. Odwołujący wyjaśnił, że wskazał ponadto zysk w wysokości 143.813,96 zł i wykazał pozostałe koszty pośrednie oraz inne koszty dodatkowe w kwocie 747.606,19 zł. Odwołujący wskazał, że poszczególne koszty dodatkowo wyjaśnił, uzasadnił oraz szczegółowo opisał, a do tego podał również inne okoliczności i oszczędności. Biorąc pod uwagę wskazanie konkretnych wyliczeń oraz przedstawienie kosztorysu w ofercie uznać należy, że koszty wymagane przez zamawiającego oraz dodatkowo inne odwołujący wskazał i dokładnie wyjaśnił. Stwierdzenia przeciwne należy uznać za niezgodne w całości z treścią wyjaśnień i stanem faktycznym sprawy.

Odnosząc się do zarzutu wskazania - wedle zamawiającego - kwot ogólnych odwołujący wskazał, że przekazał konkretne kwoty i ceny, w całości zgodnie z żądaniami zamawiającego. Ponadto, aby dokładnie przeanalizować niniejszą sprawę odwołujący odniósł się w pierwszej kolejności do narzuconej przez zamawiającego treści oferty, jak i wystosowanego przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień z dn.: 10 czerwca 2020 r. znak: L.dz. 26/2020/JRP/O. Tym samym odwołujący wskazał, że zamawiający do złożenia oferty wymagał przedstawienia wyłącznie kosztorysu ofertowego, który to w swojej formie znacznie odbiega od kosztorysów ofertowych spotykanych w zamówieniach publicznych na tego typu roboty. W szczególności formularz narzucony przez zamawiającego, w przeciwieństwie do powszechnie stosowanych kosztorysów, nie wymagał uzupełnienia pozycji ceny jednostkowej, a jedynie ograniczył się do pozycji: ilość, jednostka, wartość netto i brutto. Tym samym zamawiający nie zażądał kosztorysu szczegółowego (czyli uwidocznienia ponadto robocizny, sprzętu, materiałów i kosztów ogólnych oraz zysku),

ani nawet uproszczonego. Innymi słowy - w niniejszym postępowaniu zamawiający zażądał wypełnienia formularza „własnego pomysłu", który był w sposób daleko idący uproszczony i ogólny. Konkretniej wyjaśniając - zamawiający zażądał przedstawienia przez oferentów wyłącznie ceny ryczałtowej za wszystkie jednostki, których ilość była wcześniej wskazana przez zamawiającego. Formularz zamawiającego jest tym samym na niespotykaną skalę oryginalny i autorski, w związku z czym uznać należy, że organizując i przeprowadzając niniejsze postępowanie zamawiający sam narzucił złożenie ofert w sposób bezwzględny ryczałtowy, bez ujawnienia kosztorysów szczegółowych lub chociażby uproszczonych. W dalszym swoim działaniu Zamawiający w wezwaniu z dn.: 10 czerwca 2020 r. zażądał złożenia wyjaśnień w sposób całkowicie ogólny i generalny przytaczając odpowiednie zapisy Pzp oraz dodatkowo prosząc o wskazanie elementów kalkulacyjnych u konkretnych założeń z 'uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy, koszty sprzętu i materiałów przeznaczonych do wykonania robót, założenia dotyczące marży (zyskuj, koszty

pośrednie oraz inne koszty dodatkowe w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom. Tym samym zamawiający w treści wezwania w dalszym ciągu, konsekwentnie nie żądał przedstawienia kosztorysów, a wyłącznie żądał przedstawienia expresis verbis elementów kalkulacyjnych. Wobec tego zamawiający nie jest aktualnie uprawniony do stwierdzenia, że odwołujący poprzez przedstawienie obszernych wyjaśnień wraz z kalkulacjami nie wykonał w sposób pełny jego żądania. Podkreślić przy tym należy, że zamawiającemu przysługiwało prawo zażądania przedstawienia konkretnego kosztorysu (szczegółowego lub uproszczonego), jednakże zamawiający nie tylko go nie zażądał, ale wręcz nie pozostawił odwołującemu swobody formy złożenia wyjaśnień poprzez zażądanie przedstawienia „elementów kalkulacyjnych". Marginalnie odwołujący podkreślił, że większość zamawiających organizujących postępowania dotyczące budowy lub modernizacji tak skomplikowanych obiektów jak tłocznie ścieków poza kosztorysami żądają dodatkowo wypełnienia tabeli urządzeń, co ma na celu szczegółowe poznanie i zbadanie ofert. W tym postępowaniu takiego żądania nie było. Wszystko powyższe prowadziło odwołującego do konstatacji, że swoje wyjaśnienia złożył w sposób i w formie zgodnej z żądaniem zamawiającego.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że w wyjaśnieniach brakuje przedstawienia metodologii wyliczenia kosztu odwołujący wskazał, że metodologia to nauka o badaniach naukowych stosowanych w danej dziedzinie wiedzy. Oczywiście ze względu na brak opisania metodologii odwołujący, jak i każdy inny oferent, nie może zostać odrzucony. Mając daleko przychylne podejście do zamawiającego, wbrew rzeczywistej treści zawiadomienia oraz mimo oczywistego braku uprawnienia do zmieniania treści zawiadomienia - odwołujący podnosi, że zamawiający przypuszczalnie mógł mieć na myśli nie metodologię, a metodykę wyliczenia kosztu tj.: opisanie zbioru zasad wykonywania danej pracy. Jednakże odwołujący stwierdził, że chcąc wszechstronnie i dogłębnie wyjaśnić zamawiającemu sposób wyliczenia ceny oraz inne związane z tym okoliczności już na początku pkt. III wyjaśnień zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego i stwierdził, że: Cenę oferty na wykonanie „Budowy kanalizacji oraz modernizacji oczyszczalni ścieków na terenie agl. Aleksandrów Kujawski - etap II część 2" sporządzono metodą budżetową. Przyjęto do kalkulacji rzeczywiste koszty pracy sprzętu oraz robocizny korzystając z własnego doświadczenia kierownictwa przeznaczonego na wykonanie tego zamówienia (co miedzy innymi zostało już nadmienione wyżej) (strona 3 wyjaśnień) - co jest oczywistym wskazaniem konkretnej metodyki wyliczeń. Wyjaśnienie metodyki przez odwołującego - w jego opinii - tym samym nastąpiło w sposób bezpośredni, prosty i bezwzględny, w związku z czym nie sposób uznać, że wskazanie metody w ogóle nie nastąpiło lub budzi jakiekolwiek wątpliwości. Tym samym odrzucenie odwołującego ze względu na brak przedstawienia metodologii nie może nastąpić wobec faktu, iż wyjaśnienia nie mają na celu przybliżania zamawiającemu jakichkolwiek dziedzin nauki, a odnośnie metodyki należy uznać, że odwołujący przedstawił metodykę wyliczenia sporządzania kosztu. Co więcej w ocenie odwołującego nie można przyjąć, że odrzucenie danego oferenta może w ogóle nastąpić w jakimkolwiek przypadku (tj.: nawet w przypadku faktycznego wezwania przez zamawiającego do przedstawienia metodyki, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca) ze względu na brak opisania zasad kosztorysowania. Przede wszystkim wynika to z faktu, że taki zbiór zasad jest chronioną tajemnicą handlową oraz know-how każdego przedsiębiorstwa, a do tego opisanie jakiejkolwiek metody obliczenia kosztu w rzeczywistości nigdy nie przyniesie rezultatu wyjaśnienia czynników cenotwórczych lub innych, a jedynie stanowić będzie pewien algorytm, który będzie zwykłą teorią liczenia, a nie wyjaśnieniem ceny. Reasumując powyższe odrzucenie na podstawie braku przedstawienia „metodologii wyliczenia kosztu" należy uznać za czynność całkowicie błędną, niezgodną ze stanem faktycznym oraz nieuprawnioną.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że w dalszej części uzasadnienia zamawiający stwierdził, że W zakresie kosztów związanych ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy oraz

kosztów podwykonawstwa - Melbud SA nie podał żadnych informacji, pomimo uwzględnienia w ofercie, że część zamówienia zostanie zrealizowana siłami podwykonawcy. Tymczasem odwołujący podał konkretny koszt robót podwykonawcy (Oferta na wykonanie nawierzchni asfaltowych na przygotowanej podbudowie - 678.129,50 zł - strona 4 wyjaśnień), co było zgodne z treścią żądania zamawiającego oraz w całości korespondowało z treścią zapisu §2 ust. 8 lit. d Wzoru Umowy, zgodnie z którym: wynagrodzenie dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy musi być wynagrodzeniem ryczałtowym; dopuszcza się zastosowanie wynagrodzenia kosztorysowego z określeniem maksymalnej i nieprzekraczalnej kwoty wynagrodzenia. Oznacza to, że podanie przez odwołującego globalnego kosztu podwykonawcy jest zgodne z żądaniem zamawiającego, narzuconym przez niego sposobem rozliczeń z podwykonawcami i w pełni oddaje (i tym samym nie zaprzecza) przyjętym przez zamawiającego regułom, zgodnie z którymi zamawiający akceptuje wyłącznie ceny ryczałtowe podwykonawców, bez możliwości ich rozbicia. Odwołujący pragnie podkreślić że oczywiście z podwykonawcami nie łączą go stosunki wynikające z Pzp i nie ma od nich prawa żądać rozbicia ceny ryczałtowej na cząstki. Odmienne działanie byłoby dodatkowo działaniem niekorzystnym zarówno dla zamawiającego, jak i odwołującego, jako iż mogłoby spowodować późniejsze roszczenia podwykonawcy ze względu na koszty dodatkowe, wynikające z nieuwzględnienia danej pozycji. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że również w przypadku kosztów podwykonawczych Odwołujący w pełni zadośćuczynił żądaniom Zamawiającego i nie ma podstawy, aby twierdzić, że wskazanie kosztu globalnego jest niezgodne z żądaniem Zamawiającego oraz niewystarczające i tym samym odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie również należy uznać za nieuprawnione.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że w kolejnej części zawiadomienia zamawiający ograniczył się wyłącznie do przytoczenia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które w ogólności dotyczą kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Dalej zamawiający ponownie przybliżył definicję odrzucenia ze względu na rażąco niską cenę i stwierdził końcowo, że nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia. Dal odwołującego takie stwierdzenie nie ma w ogóle zastosowania do niniejszej sprawy, gdyż przedstawił on szerokie i konkretne wyjaśnienia, przedstawiając szereg okoliczności, zarówno wynikających z natury ogólnej, jak i związanej z indywidualnym warunkami odwołującego, w związku z czym zamawiający mając jakiekolwiek wątpliwości winien zadać kolejne pytania odwołującemu, zwłaszcza, że treść wyjaśnień w pełni odpowiadała żądaniom zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że należy również skonfrontować treść zawiadomienia i złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Odwołujący, jak już zostało wyżej wskazane wyjaśnił, że swoje wyjaśnienia podzielił na trzy części. Tymczasem uzasadnienie odrzucenia odnosiło się (również w sposób niepełny i wybiórczy) wyłącznie do niepełnej części III wyjaśnień. Jednocześnie w części I wyjaśnień odwołujący szeroko opisał okoliczności związane z wybuchem epidemii i jej oddziaływaniem oraz skutkami na rynek budowlany, które w ocenie odwołującego należy uznać, w świetle omawianego postępowania, za okoliczności oczywiste i fakty powszechnie znane. Dywagacje w świetle stanu faktycznego i prawnego dotyczące okoliczności, które w ocenie odwołującego należy uznać za oczywiste i niewymagające wyjaśnień zajęły ok. 1/3 całości złożonych wyjaśnień. Mimo to zamawiający w żadnej części swojego zawiadomienia nie odniósł się do omawianej kwestii. Z tego względu w tym zakresie odwołujący uznał, że zamawiający nie dokonał wszechstronnej analizy sprawy i całkowicie pominął 1/3 złożonych wyjaśnień przez odwołującego. Co więcej zamawiający w całości również pominął II część wyjaśnień zamawiającego, która dotyczyła istotnych okoliczności związanych z indywidualnymi warunkami odwołującego, a związanymi z zatrudnioną kadrą oraz niezaprzeczalnym faktem wcześniejszej realizacji zadań dla zamawiającego pn.: „Modernizacja Oczyszczalni Ścieków w Aleksandrowie Kujawskim" i „Budowa kanalizacji sanitarnej na ulicach Ustnej, Zielonej oraz Rudnickiego" - które to okoliczności miały bezpośredni wpływ na ceny i oszczędności. Co więcej w tejże części odwołujący podał konkretne oszczędności, które również zostały przez zamawiającego zignorowane. Również wyjaśnienia i opis przedstawione w części III, a dotyczące konkretnych kosztów i oszczędności zostały przez Zamawiającego pominięte. Powoduje to, że kolejna część wyjaśnień odwołującego została całkowicie pominięta przez zamawiającego. Wszystko to skutkowało dla odwołującego uznaniem, że zamawiający dokonał dowolnej i wybiórczej oceny złożonych wyjaśnień, nie badał ich całościowo, a niektóre z ich części (konkretniej około połowy wyjaśnień) w całości pominął - co wszystko jest oczywiście nieuprawnionym działaniem.

Podsumowując odwołujący oświadczył, że w jego ocenie odrzucenie jego oferty nastąpiło w sposób dowolny, nieuprawniony, wbrew stanowi faktycznemu sprawy i niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Uzasadniając powyższe stwierdzenie odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in., Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia

oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Nadto w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 sierpnia 2011 r. o sygn. akt: KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 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. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie cena zaoferowana przez niego nie może zostać uznana za rażąco niską cenę ze względu na jej rynkowość, którą dodatkowo potwierdza szereg okoliczności wskazanych przez odwołującego w swoich wyjaśnieniach, a w szczególności mając na uwadze, że odwołujący w skutek realizacji zamówienia przewiduje wypracowanie określonego w wyjaśnieniach zysku. W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę lakoniczną i ogólnikową treść zawiadomienia, uznać należy, że nawet sam zamawiający w zasadzie nie uznał ceny odwołującego za rażąco niską, a co najwyżej odrzucił wyjaśnienia ze względu na ich formę (chociaż w ocenie odwołującego forma była całkowicie dopasowana i zgodna z żądaniem zamawiającego), a nie treść merytoryczną. Należy uznać, że podane koszty, ceny i argumenty w ogóle nie budzą jakichkolwiek wątpliwości u zamawiającego, a w szczególności zamawiający po zapoznaniu się z nimi nie zaprzecza, że zamówienie winno być wykonane w przywołanych cenach. Jedyne niezadowolenie zamawiającego budzi fakt, że poszczególne ceny zostały zsumowane, mimo braku skorzystania przez zamawiającego z przysługujących mu możliwości zażądania konkretnych kosztorysów. Nadto zamawiający, mimo takiego uprawnienia nie kwestionuje żadnej z 222 pozycji przedstawionych w ofercie odwołującego. Co więcej, tak jak w swoich wyjaśnieniach odwołujący wskazał, to właśnie cena odwołującego, a nie kosztorys zamawiającego, jest ceną rynkową i adekwatną, co wynika między innymi z wpływu pandemii na cenę (część I wyjaśnień). Odwołujący podkreślił, że średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 8 318 530,75 zł netto, co oznacza, że odwołujący przedstawił ofertę tylko o 5% niższą od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym oferta Odwołującego jest niższa tylko i wyłącznie od kosztorysu zamawiającego o 32,5%. W ocenie odwołującego różnica w cenie wynika wyłącznie z faktu, że zamawiający sporządzał kosztorys na podstawie znanych i dostępnych cen w roku 2019 r. W sposób obiektywnie niemożliwy było sporządzenie przez zamawiającego kosztorysu na podstawie cen i kosztów jakie istnieją i obowiązują po marcu 2020 r. tj. po zmianach rynkowych, o których mowa była w 1 części wyjaśnień zamawiającego. Tym samym odwołujący ponownie pragnie podkreślić, że okres lat 2018 - 2019 był okresem dobrym i udanym inwestycyjnie dla całego polskiego budownictwa. Właściwie od 2017 r. występował bardzo wysoki poziom inwestycji zarówno publicznych jak i prywatnych w Polsce. Była to

najwyższa koniunktura w branży budowlanej od 2008 r. tj. od przeszło 10 lat. Wartość rynku budowlanego w Polsce to około 200 mld zł. W porównaniu z rokiem 2017 w 2018 wartość dodana brutto w branży wzrosła aż o 17 proc. Nawet już w pierwszym półroczu 2019 r. tj. jeszcze w okresie zimowym wyniki finansowe przedsiębiorstw budowlanych były lepsze niż w pierwszej połowie roku 2018. Co więcej rok 2019 okazał się całkowicie udanym rokiem dla firm budowlanych, według raportów GUS firmy budowlane wypracowały prawie dwukrotnie wyższy wynik netto niż rok wcześniej (mimo, że już rok 2018 był rokiem tzw. prosperity). Według raportu EFL, w omawianym okresie za wzrost odpowiadał nie tylko wysoki poziom inwestycji mieszkaniowych, ale także projekty infrastrukturalne wykonywane z udziałem

środków unijnych. Oczywiście spowodowało to wzrost cen realizacyjnych, jak również materiałów, surowców oraz urządzeń. Wszystko to powodowało wysokie ceny realizowanych inwestycji. Ważną składową kosztów w tym okresie były również koszty pracownicze - wobec braków dostępności siły roboczej koszty te były bardzo wysokie, a w tym niespotykanie wysokie były koszty pracowników obcokrajowych. Natomiast od końca roku tj.: od grudnia 2019r. w Chinach, a później na całym świecie występowały na dużą skalę zarażenia wirusem SARS-CoV-2, co w 2020 r. doprowadziło do powstania pandemii, która oficjalnie została potwierdzona przez Światową Organizację Zdrowia w dn.: 11 marca 2020 r. Pandemia oczywiście dotarła również do Polski, co skutkowało ogłoszeniem od dnia 14 marca do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 oraz ogłoszeniem w dniu 20 marca 2020 r. stanu epidemii do odwołania. Kwestie związane z pandemią odwołujący uznał za powszechnie znane fakty, wobec czego wskazał, że pandemia miała oczywiście negatywny skutek na rynek i przejawiła się w szczególności w znacznie zmniejszonej ilości ogłaszanych, rozpoczynanych lub prowadzonych inwestycji. Spowodowało to tzw.: „głód rynku" (duży spadek popytu na usługi budowlane przy wysokiej podaży ze strony firm wykonawczych), co skutkowało zmianą cen wykonawczych. Co więcej zmiany rynkowe również poskutkowały znacznym spadkiem cen materiałów, surowców i urządzeń, a nawet niższymi niż wcześniej kosztami pracowniczymi. Wszystko to w ocenie odwołującego winno być uznane wręcz za okoliczności oczywiste lub za okoliczności, zmiany cen rynkowych, które nastąpiły po wszczęciu postępowania - o których mowa w art. 90 Pzp.

W świetle wszystkiego powyższego, a w szczególności wobec faktu, że de facto w niniejszej sprawie zamawiający praktycznie w ogóle nie uzasadnił odrzucenia oferty odwołującego, według odwołującego należy mieć na uwadze kolejny istotny aspekt, który powoduje nie tylko nieweryfikowalność odrzucenia, ale dodatkowo w sposób jaskrawy uwydatnia brak podstawy odrzucenia i niezgodne z prawem sporządzenie uzasadnienia tj. zamawiający nie wskazał żadnego punktu odniesienia wobec którego cena oferty odwołującego była badana, a nawet w żaden sposób nie wskazał chociażby, że kosztorys zamawiającego wskazuje cenę rynkową. Co więcej zamawiający nie zarzucił jakiemukolwiek składnikowi ceny odwołującego jego nieadekwatności lub nierynkowości. Fakt ten powoduje, że twierdzenia zamawiającego, iż cena odwołującego jest rażąco niska są blankietowe, abstrakcyjne, nieweryfikowalne i całkowicie niezgodne z cenami rynkowymi, jak również cenami innych oferentów w niniejszym postępowaniu. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie można domniemywać, że zamawiający w ogóle nie przystąpił do badania ceny i jej poszczególnych składników zawartych w ofercie odwołującego. Taka sytuacja nie może zostać zaakceptowana. Co więcej podejście zamawiającego jest szczególnie naganne w sytuacji, gdy oferta odwołującego znacznie odbiega tylko i wyłącznie od kosztorysu zamawiającego, a nie od innych ofert. Nadto niezaprzeczalnie na świecie panuje pandemia, a odwołujący w dużej części swoich wyjaśnień wskazywał w sposób precyzyjny jej wpływ na rynek budowlany oraz na cenę realizacji zamówienia i dezaktualizację kosztorysów sporządzanych na danych z roku 2019, czyli w okresie sporządzania kosztorysu zamawiającego. Wszystko powyższe prowadzi do uznania, że cena odwołującego nie jest ceną rażąco niską, a zamawiającemu nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący stwierdził, ze w niniejszej sprawie ponadto zamawiający w sposób niezgodny z przepisami sporządził lakonicznie i ogólne uzasadnienie odrzucenia, które to dodatkowo ponad połowę wyjaśnień odwołującego w całości przemilczało i zignorowało. Co więcej niektóre części uzasadnienia były wprost sprzeczne z faktyczną treścią wyjaśnień. Wszystko to powoduje, że uzasadnienia odrzucenia sformułowanego w zawiadomieniu nie sposób uznać za jednoznaczną i klarowną informację, która wyczerpałaby dyspozycję zawartą w art. 92 ust. 1 Pzp. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający jest zobowiązany szczegółowo ocenić wyjaśnienia dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny i dać im wyraz w uzasadnieniu, jeżeli uznaje, że oferta wykonawcy zasługuje na odrzucenie przy uwzględnieniu wszelkich innych dowodów i znanych okoliczności. Nie stanowi uzasadnienia enigmatyczne i szczątkowe wyjaśnienie jakim posłużył się zamawiający oraz przytoczenie tylko treści przepisu stanowiącego powołaną dla podjętej czynności podstawę prawną.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie określił szczegółowo swoich wątpliwości, ani nie podał konkretnych kosztów, do których odwołujący miał się odnieść, a zadane w wezwaniu z dn.: 10 czerwca 2020r. znak: L.dz. 26/2020/JRP/O pytania były ogólnikowe i precyzyjnie wskazywały żądanie wskazania wyłącznie „elementów kalkulacyjnych". Tym samym wyjaśnienia odwołującego, jak również złożona przez niego oferta, w pełni odpowiadały i korespondowały z żądaniami oraz narzuconymi przez zamawiającego regułami odpowiedzi. Tym samym zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego, skoro wyjaśnienia w pełni zadośćuczyniły jego żądaniom.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Ww. wykonawca wniósł o oddalenie

odwołania w całości.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że na wstępie należy wskazać, że odwołujący niezasadnie kwestionuje podstawy wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Cena zaoferowana przez odwołującego była ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia przyjętej przez zamawiającego. Okoliczność ta stanowi przesłankę obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Okoliczności wskazywane przez odwołującego - tj. sytuacja związana z epidemią COVID-19, która jego zdaniem zupełnie zmieniła chociażby ceny materiałów koniecznych do użycia w trakcie realizacji zamówienia - nie oznacza, że zamawiający powinien odstąpić od wyjaśniania ceny oferty. Należy wskazać, że okoliczności związane z COVID-19 dotknęły wszystkich wykonawców, nie tylko odwołującego, a już w szczególności zmiana cen materiałów dotyczy wszystkich wykonawców z branży. W żadnym razie powyższe nie wpływa jakkolwiek na szczególną sytuację rynkową wyłącznie odwołującego - dotyczy to całego rynku tego rodzaju usług. Niemniej jednak warto również odnieść się do tego argumentu odwołującego - który wielokrotnie wskazuje na obniżenie cen materiałów budowlanych w ostatnim czasie. Przede wszystkim twierdzenia odwołującego nie są poparte żadnymi dowodami, co więcej w branżowych czasopismach i piśmiennictwie - wskazuje się, że ceny materiałów budowlanych nie tylko nie obniżyły się co wręcz przeciwnie - nieznacznie wzrosły. Nawet gdyby przyjąć, że część materiałów jest tańsza niż choćby przed rokiem - to spadek taki jest niewielki, nieznaczny (o ile w ogóle wystąpił), niemniej jednak pozostaje on bez większego wpływu na całkowitą cenę ofert. Zaoszczędzone na materiałach środki, z pewnością nie są tej wielkości, że pozwalają wykonać zamówienie za cenę zaoferowaną przez odwołującego. Mimo, iż przedmiotowe okoliczności stanowią obszerną część wyjaśnień odwołującego - tak odwołujący nie potrafił wykazać ich bezpośredniego i rzeczywistego wpływu na zaoferowaną przez niego cenę. W związku z tym nie uzasadniają w żaden sposób rażąco niskiej ceny - odwołujący nie wskazał ani jednego przykładu materiału, którego cena byłaby niższa w stosunku do cen sprzed 1-2 lat, i że wpływa to w jakimkolwiek stopniu na cenę wykonania przedmiotowego zamówienia. Wreszcie należy podkreślić, że wskazane przez odwołującego okoliczności - nie uzasadniały aktualizowania oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia - bowiem nie wpłynęły na ceny materiałów budowlanych w stopniu, który uzasadniałby taką aktualizację. Nie sposób również się zgodzić z twierdzeniem odwołującego dotyczącego przewidywanego obniżenia kosztów pracy. Powszechnie wiadomo, że koszty pracy stale rosną, co przede wszystkim związane jest ze wzrostem stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę. Co więcej wszelkie dostępne na ten moment dane, wskazują że nawet sytuacja wywołana epidemią COVID-19 nie spowoduje w tym zakresie dużych zmian. Powszechnie znane są zapowiedzi podwyższenia minimalnego wynagrodzenia za pracę - co spowoduje wzrost kosztów pracy, szczególnie w sektorze budowlanym. Niczym niepoparte są dywagacje odwołującego dotyczące obniżenia kosztów pracy - są one oczywiście sprzeczne z realiami. Należy również wskazać, że w zakresie kosztów pracownicze nie są dowolnie przyjmowane przez wykonawcę - ale muszą być na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę - i takie co najmniej koszty minimalnego wynagrodzenia należy uwzględniać wyliczając cenę oferty.

Odnosząc się do właściwej treści wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, zgłaszający przystąpienie wskazał, że były one ogólnikowe, nie zawierały przedstawienia sposobu i podstaw wyliczenia kosztu, nie zawierały rozbicia na poszczególne elementy składające się na cenę - czego w treści wezwania żądał zamawiający. Odwołujący co prawda odniósł się w złożonych wyjaśnieniach do elementów mających wpływ na wysokość ceny, o które pytał zamawiający, jednak wszystkie wyjaśnienia są na podobnym - wysokim - stopniu ogólności, oraz nie zawierają rozbicia na poszczególne elementy, ani nie są poparte żadnymi dowodami. Odwołujący wskazał koszty poszczególnych elementów zamówienia takich jak - koszt pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty biurowe wraz z kosztami zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC ujęte w kosztach zarządu, koszty sprzętu wraz z kosztami pracy operatorów paliwa oraz kosztów serwisowych, koszty materiałów, koszty wykonania nawierzchni asfaltowej przez podwykonawcę, zysk oraz koszty dodatkowe i pośrednie - w sposób ogólny podając łączną cenę każdego z kosztów,

bez wskazania:

- co się składa na taki koszt;

- w jaki sposób dany koszt wyliczył;

Prawidłowym byłoby natomiast wyjaśnienie - części składowych każdego z tych elementów, wraz z przedstawieniem dowodów:

- koszty pracy - wyjaśnienia odwołującego ograniczyły się do wskazania ogólnej kwoty wszystkich wynagrodzeń oraz zadeklarowanie liczby pracowników. Poza wskazaniem liczby pracowników - w celu weryfikacji przyjętej stawki należało wskazać co najmniej również

podstawę zatrudnienia, wysokości wynagrodzeń, oraz przedłożenie stosownych dowodów np. umów o pracę. Tymczasem - w zakresie tego elementu należało przyjąć co najmniej 810 000, 00 zł;

- koszty dojazdu - w treści wyjaśnień wskazano jedynie cenę ogólną, oraz liczbę samochodów, którymi odwołujący zamierza dowozić swoich pracowników. Niemniej jednak brak jest jakiejkolwiek możliwości weryfikacji przyjętego kosztu. Odwołujący nie wskazał ani odległości którą będzie pokonywał, ani zakładanego zużycia paliwa. Brak wyszczególnienia kosztów paliwa powoduje, że przedmiotowa wartość nie ma żadnego znaczenia, jest całkowicie nieweryfikowalna;

- koszty materiałów - wyjaśnienia w tym zakresie dokonane przez odwołującego stanowiło w ocenie zgłaszającego przystąpienie jedynie deklaracje wykonawcy. W zakres zamówienia wchodzi wiele pozycji materiałowych. Nie sposób zweryfikować czy ich cena jest realna w sytuacji kiedy wykonawca przedstawia ją zbiorczo - a jest to znaczna suma - ponad 2,7 mln zł. Już ta okoliczność wystarczająco przemawia za zasadnością rozbicia tego ogólnego kosztu i wykazania cen składających się na tą ogólną kwotę 2 716 000,00 zł. Koszty materiałów stanowią istotną składową ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia, a w wyjaśnieniach odwołującego poświęcono im jedno ogólnikowe zdanie. Odwołujący powinien był przedstawić zestawienie kosztów wszystkich materiałów, które zakupi do wykonania zamówienia - wraz z przedstawieniem dowodów na ich ceny, np. w postaci ofert sprzedaży od sprzedawców materiałów. W tego rodzaju zamówieniach - normą jest, że wykonawca zamierzający złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu wyliczenia ceny swojej oferty składa do swoich dostawców zapytania ofertowe i na podstawie odpowiedzi oblicza cenę swojego świadczenia. Takich ofert od dostawców odwołujący nie przedłożył jako dowód, podobnie jak jakichkolwiek innych dowodów mających potwierdzać przyjęty koszt;

- koszty sprzętu wraz z kosztami pracy operatorów - w takim ujęciu jak w wyjaśnieniach odwołującego nie sposób ustalić jakie są koszty pracy sprzętu - czy są one rzeczywiste, nie wiadomo na jakiej podstawie zostały obliczone, bowiem odwołujący nie informuje nawet jakim parkiem maszynowym dysponuje i na jakiej podstawie dysponuje sprzętem koniecznym do realizacji zamówienia, brak również informacji o kosztach pracy operatorów - nie sposób ustalić, czy odwołujący obliczając ten koszt wziął pod uwagę przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie wiadomo jaka jest liczba osób zatrudnianych w charakterze operatorów. Należy podkreślić, że uniknięcie podania kosztu paliwa - poprzez wprowadzenie tego kosztu do takiego szerokiego zbioru miało na celu brak podania konkretnej, weryfikowalnej informacji zamawiającemu. Podobnie z kosztami pracowniczym odnośnie operatorów sprzętu - brak wyszczególnienia tego elementu powoduje, że wyjaśnienia są bezprzedmiotowe. W zakresie tego elementu należało przyjąć koszty co najmniej 500 000 zł wyższe niż przyjął odwołujący;

- koszty związane ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy - odwołujący nie odniósł się do tego elementu wymaganego w wezwaniu;

- należy również podkreślić, że wyjaśnienia nie są poparte żadnymi dowodami, ani ofertami, ani cenami materiałowymi, które mogłyby powodować iż odwołujący udowodniłby, iż jego cena - nie jest rażąco niska.

Ogólnie rzecz biorąc - zdaniem zgłaszającego przystąpienie - mimo, że wyjaśnienia zawierają podstawowe informacje dotyczące niektórych przyjętych kosztów to brak jest szczegółowej kalkulacji, rozbicia kosztów, pokazania z czego one wynikają oraz co najbardziej istotne brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających wysokość kosztów. Brak przedstawienia jakiejkolwiek kalkulacji w opisanym powyżej zakresie w praktyce wyklucza możliwość przyjęcia takich wyjaśnień za wiarygodne.

W ocenie zgłaszającego przystąpienie odwołujący brak szczegółowości swoich wyjaśnień próbuje uzasadniać m.in. formą kosztorysu wymaganą w niniejszym postępowaniu. Powyższe natomiast pozostaje bez znaczenia dla oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego.

Po pierwsze żadna forma kosztorysu nie uprawnia wykonawców do całkowitej dowolności w zakresie wyliczenia ceny. Należy wskazać, że dokumentacja postępowania zawiera obszerny i szczegółowy zakres robót, tak że każdy z wykonawców dysponował wszelkimi możliwymi danymi koniecznymi do obliczenia ceny w sposób skrupulatny z uwzględnieniem wszystkim możliwych kosztów przy realizacji zamówienia.

Po drugie wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - miało dostarczyć zamawiającemu takich informacji, których nie zawarto w złożonym do oferty kosztorysie - m.in. poprzez wskazanie metody obliczenia kosztu. Stąd też w wezwaniu zamawiający wymagał szczegółowych informacji. Wezwanie wbrew twierdzeniom

odwołującego nie było ogólnikowe - a szczegółowo wskazywało na elementy, które podlegają wyjaśnieniom:

- przede wszystkim należy wskazać, że zamawiający wymagał wyjaśnień m.in. w zakresie wskazanym w 90 ust. 1 Pzp - oznacza to, że odwołujący był zobowiązany przedstawić wyjaśnienia w zakresie każdego z elementów wskazanych w tym przepisie - czego nie uczynił;

- zamawiający jednoznacznie wymagał wskazania elementów kalkulacyjnych i konkretnych założeń z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonywanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel wykonawcy, koszty sprzętu i materiałów przeznaczonych do wykonania robót, założenia dotyczące marży (zysku), koszty

pośrednie oraz koszty dodatkowe w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Mimo, że odwołujący częściowo odniósł się do wymaganych w wezwaniu informacji - tak wyjaśnienia w ogóle nie zawierają odniesienia się do elementów kalkulacyjnych, nie przedstawiają konkretnych założeń które stały u podstaw przyjętych kosztów, ani tym bardziej nie uwzględniono w nich żadnych danych liczbowych, na podstawie których możliwe byłoby odtworzenie procesu wyliczenia ceny.

Odnosząc się do samej treści wezwania, zgłaszający przystąpienie stwierdził, że nie było ono szczegółowe. Przede wszystkim przepisy Pzp nie ustanawiają poziomu szczegółowości wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje się, że szczegółowość wezwania nie jest uregulowana przepisami Pzp, a zamawiający może ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 Pzp (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2019 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1056/19). Niemniej jednak, sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszej sprawie bowiem wezwanie do wyjaśnień skierowane do odwołującego - było szczegółowe - zawierało wskazanie konkretnych elementów, których wyjaśnienia zamawiający wymagał, poza wyjaśnieniem kwestii wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp.

W ocenie zgłaszającego przystąpienie podkreślenia wymaga, że przyjęty w postępowaniu sposób rozliczenia - tj. wynagrodzenie ryczałtowe - nie stoi na przeszkodzie badania pod kątem rażąco niskiej ceny poszczególnych elementów składających się na całość wynagrodzenia. W tym kontekście zgłaszający przywołał treść pkt 17.1, 17.2, 17.9-17.11, 17.13, 17.14 i 17.16 SIWZ.

Następnie ww. wykonawca zauważył, że sam odwołujący ma świadomość, że złożone wyjaśnienia zawierają istotne braki - chociażby w zakresie przyjętej przez odwołującego

metodzie obliczenia ceny. Nie sposób traktować za prawidłowy wyjaśnienia metody

wyliczenia kosztu bowiem ma on charakter deklaratywny, niepoparty rzetelnymi informacjami. Wyjaśnienia w tym zakresie są ogólne i nie wskazują żadnych elementów właściwych dla odwołującego w zakresie metody obliczania ceny oferty, poza normalnie przyjętymi okolicznościami w tego rodzaju zamówieniach - że nie może stanowić podstawy do uznania, że odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił metodę/sposób wyliczenia ceny. Jak zauważył zgłaszający przystąpienie odwołujący wskazuje również, że ewentualne ujawnienie przedmiotowej metody wiązałoby się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący tym samym wskazuje, że nie opisał on metody wyliczenia ceny w sposób właściwy - tj. taki jaki wymagano w wezwaniu - ponieważ stanowi to jego know-how. Ww. wykonawca wskazał, że na gruncie zamówień publicznych - w tym składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny - możliwe jest zastrzeżenie treści wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają przesłanki o których mowa w art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie części wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny jest częstą praktyką stosowaną przez wykonawców. Jeżeli w istocie przedmiotowe informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa a wpłynęły na obliczenie i wysokość ceny to odwołujący miał obowiązek je opisać w złożonych wyjaśnieniach, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgłaszający przystąpienie wskazał również, że postanowienia SIWZ zobowiązują wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości cen jednostkowych i przedstawienia do wglądu kalkulacji tych cen jednostkowych (pkt. 17.16 SIWZ). Tym samym, bez względu na okoliczności podnoszone przez odwołującego był on zobowiązany do przedstawienia kalkulacji (podstawy wyliczenia ceny) dla cen jednostkowych. Szczególnie

uzasadnionym było przedstawienie takich kalkulacji w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - w sytuacji kiedy zamawiający wprost tego wymagał. Natomiast odwołujący intencjonalnie nie zdecydował się przedstawić takiej kalkulacji.

W dalszej kolejności ww. wykonawca stwierdził, że mając na względzie powyższe należy wskazać, że odwołujący nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia mają wyłącznie charakter deklaratywny, powierzchowny i ogólnikowy. W orzecznictwie - zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych wskazuje się, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny - ma wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Następuje to poprzez złożenie wyczerpujących, jasnych i pełnych wyjaśnień, odnoszących się do wszystkich kwestii wymaganych w wezwaniu, zawierających wyjaśnienie kalkulacji ceny. To wykonawca ma usunąć wszelkiego rodzaju wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. W art. 90 ust. 2 Pzp mowa jest o obowiązku wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - nie są wystarczające wyjaśnienia ogólne czy zdawkowe, ale takie które zawierają wszelkie aspekty mające wpływ na cenę, oraz zawierające nie tylko deklaracje wykonawcy ale dowody, na podstawie których zamawiający może ocenić czy w istocie zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej.

W ocenie zgłaszającego przystąpienie zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, bowiem w złożonych wyjaśnieniach odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego - zgłaszający przystąpienie wskazał, że należy uznać je za wystarczające i adekwatne w niniejszej sprawie oraz spełniające wymogi określone przepisami Pzp. Zamawiający dokonał bowiem pełnej oceny złożonych wyjaśnień - w takim zakresie jak było to możliwe z uwagi na lakoniczność wyjaśnień, oraz przy braku dowodów. Powody odrzucenia zawarte w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego - są jasne i konkretne. W pierwszej części uzasadnienia wskazano, że wyjaśnienia cechują się zbyt dużym poziomem ogólności, nie zostały poparte żadnymi dowodami, bądź w ogóle nie odpowiadają na elementy, o które pytał zamawiający. Każda z tych trzech okoliczności czyli:

- zbyt duży stopień ogólności;

- brak poparcia wyjaśnień dowodami;

- brak w wyjaśnieniach odpowiedzi na elementy, o które pytał zamawiający;

zachodzi w niniejszej sprawie.

Bezzasadna jest w tym aspekcie argumentacja odwołującego, który wywodzi korzystne dla siebie skutki wyłącznie w związku z użyciem przez zamawiającego spójnika „bądź” w treści uzasadnienia. Powyższe dywagacje są niezrozumiałe, bowiem całościowa lektura uzasadnienia rozwiewa wszelkie wątpliwości w tym zakresie i z precyzją zamawiający punktuje wyjaśnienia złożone przez odwołującego. Odwołujący zdaje się zupełnie nie zauważać, że uzasadnienie odrzucenia oferty nie kończy się na pierwszym akapicie pisma zamawiającego. Uzasadnienie odrzucenia oferty należy odczytywać w całości a nie fragmentarycznie - jak czyni to odwołujący, wysuwając przy tym nieuzasadnione zarzuty. Tymczasem odwołujący odnosi się wyłącznie do pierwszej części informacji o odrzuceniu czyli ogólnego wskazania podstaw odrzucenia oferty, które następnie zamawiający rozwija w dalszej części informacji o odrzuceniu.

Mając na względzie powyższe zgłaszający przystąpienie uznał, że czynność odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa a jej uzasadnienie faktyczne i prawne odpowiada wymaganiom określonym w Pzp.

Co do żądania ponownego wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zgłaszający stwierdził, że jest ono nieuzasadnione i nie znajduje oparcia stanie faktycznym i prawnym przedmiotowej sprawy. Możliwość wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca udziela rzetelnych wyjaśnień, popartych dowodami a zamawiający ma wątpliwości dotyczące określonego elementu wyjaśnień - tymczasem złożone wyjaśnienia powierzchowne, ogólnikowe, niepoparte dowodami. W tym miejscu należy przywołać fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1334/19, w którym Izba odnosząc się do możliwości wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - uzależniła takowe wezwanie od treści złożonych uprzednio przez wykonawcę wyjaśnień. Natomiast wyjaśnienia odwołującego nie były szczegółowe - zawierały jedynie ogólnikowe stwierdzenia - niepowiązane bezpośrednio z przedmiotowym zamówieniem ani przedmiarem robót, brak w nich było podstawowych informacji, których wyjaśnienia żądał

zamawiający. Brak przedstawienia dowodów na poparcie rzetelności i prawidłowego wyliczenia ceny również stanowi przesłankę która uniemożliwia ponowne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Możliwość wezwania do wyjaśnień należy również rozpatrzeć pod kątem naczelnych zasad prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp - w tym zasady równego traktowania wykonawców. Tego rodzaju ponowne wezwanie prowadziłoby do sytuacji, w której odwołujący dostaje drugą szansę na złożenie - należy uznać za nieuprawnione.

Reasumując w ocenie zgłaszającego przystąpienie, w niniejszej sytuacji odwołanie wykonawcy Melbud S.A. było całkowicie bezzasadne.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, które odbyło się w dniu 6 sierpnia 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że dokonał odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji przeprowadzenia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty. Skierowane przez niego wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2020 r. oparte było na regulacji przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust.1 pkt 1 Pzp, bowiem całkowita cena oferty odwołującego była 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 Pzp. Z uwagi na brzmienie ww. przepisów, zamawiający był zobowiązany do wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień niezależnie od tego, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, że w toku postępowania, m.in. z uwagi na sygnały płynące z rynku i informacje przekazywane przez odwołującego w treści wyjaśnień i odwołania o zmianach rynkowych dotyczących poziomu cen w okresie od wszczęcia postępowania do chwili obecnej, zamawiający dokonał weryfikacji ustalonej przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia. W tym celu przy pomocy niezależnego specjalisty dokonana została ponowna wycena wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem zamówienia, w formie kosztorysów inwestorskich zaktualizowanych na dzień 31 lipca 2020 r. W wyniku przeprowadzonych badań zamawiający stwierdził, że pierwotna szacunkowa wartość zamówienia była znacząco zawyżona względem tej, która powinna stanowić odniesienie dla oceny realności cen zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu. Różnica pomiędzy szacunkami wynosi 1 289 227,64 zł. Tym samym biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia przez zamawiającego, cena oferty odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 26%. Oznacza to, że przy uwzględnieniu aktualnej wartości szacunkowej zamówienia nie występuje przesłanka obligatoryjnego badania ceny oferty odwołującego, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, a wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r. zostało wystosowane wyłącznie z uwagi na zawyżoną pierwotną szacunkową wartość zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania.

W ocenie zamawiającego powyższe wypełnia przesłankę, o której mowa w końcowej części przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, tj. rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r., a w konsekwencji także odrzucenie oferty odwołującego, zostało zatem dokonane przez zamawiającego nadmiarowo i jako takie winno zostać uchylone i pozbawione skutków, w tym sankcji z nim związanych. O zawyżeniu szacunkowej wartości zamówienia świadczy także fakt, że oferty złożone w postępowaniu odbiegały w zakresie ceny od wyliczeń zamawiającego. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 10 231 792,82 zł. Mając to na uwadze należy uznać, że zmiany cen występujące na rynku od dnia sporządzenia kosztorysów inwestorskich były znaczne i spowodowały niewłaściwą - niezgodną z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji ocenę ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonywał wcześniejszej weryfikacji szacunkowej wartości zamówienia, bowiem w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu nie były mu dostępne dane cenowe z wydawnictwa SEKOCENBUD za I kwartał 2020 r. Mając to na uwadze weryfikacja wartości na podstawie cen z IV kwartału 2019 r. względem kosztorysów opracowanych na podstawie cen z III kwartału 2019 r. nie miała uzasadnienia. Obecnie zamawiający posiada już potrzebne dane, które pozwoliły zweryfikować wcześniej ustaloną wartość szacunkową zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zamawiający poinformował, że zdecydował o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, a ponadto także unieważnieniu czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a

pkt 1 Pzp. Tym samym zamawiający dołożył należytej staranności, aby usunąć nieprawidłowości, które wystąpiły w postępowaniu oraz zapewnić zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także aby rzetelnie ocenić oferty złożone w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1633/20 przystąpienie po stronie zamawiającego spełniało przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postepowania odwoławczego wykonawcę BUD-AN Sp. z o.o. z siedzibą Kaliszu, zwanego dalej: „przystępującym".

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1633/20.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na nośnikach typu pendrive oraz po części w postaci papierowej, nadesłanej do akt sprawy w dniach: 22 lipca 2020 r., 24 lipca 2020 r. oraz złożonej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 6 sierpnia 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej nadal: „SIWZ") wraz z załącznikami;

- oferty KANWOD wraz z załącznikami;

- oferty Melbud wraz z załącznikami;

- wezwań z dnia 10 czerwca 2020 r. skierowanych przez zamawiającego do obu odwołujących na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp;

- wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami złożonymi przez KANWOD w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2020 r. złożonych przez Melbud w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- zawiadomienia o odrzuceniu ofert obu odwołujących z dnia 6 lipca 2020 r;

2) załączonego do odwołania w sprawie KIO 1566/20 oświadczenia dostawcy firmy RUREX z dnia 22 maja 2020 r.;

3) załączonych do odwołania w sprawie KIO 1633/20:

- protokołu odbioru inwestycji z dnia 12 października 2015 r.;

- poświadczenia wykonania robót z dnia 14 marca 2017 r.;

4) złożonego przez KANWOD na rozprawie rachunku zysków i strat tego przedsiębiorstwa za rok 2019 w wariancie porównawczym (odwołujący zastrzegł przedmiotowy dokument jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa i doręczył go wyłącznie składowi orzekającemu);

5) załączonych do odpowiedzi na odwołania w obu sprawach:

- kosztorysu inwestorskiego z dnia 31 lipca 2020 r.;

- kosztorysu inwestorskiego P-6/2 z dnia 21 września 2019 r. z adnotacją o aktualności na dzień 31 lipca 2020 r;

6) złożonych na rozprawie przez przystępujacego w sprawie KIO 1633/20 dokumentów zawierających wskazanie części kosztów składających się na przedmiot zamówienia, oferty sprzedaży oraz informacje handlowe złożone przez podmioty trzecie.

Izba formalnie nie dopuściła wniosku dowodowego z przesłuchania strony tj. pana W. T. (właściciela KANWOD). O dopuszczenie tego dowodu wnioskował odwołujący KANWOD. Należy wskazać, że ww. osoba była obecna na posiedzeniu i rozprawie przeprowadzonych w dniu 6 sierpnia 2020 r., przez co mogła wypowiedzieć się w zakresie okoliczności podniesionych przez odwołującego jak i zająć stanowisko wobec twierdzeń zamawiającego. Warto także dodać, że z tego uprawnienia skorzystała. W związku z tym Izba nie znalazła potrzeby jak i uzasadnienia do tego, aby wypowiedzi i stanowiska osoby wnioskowanej ubierać formalnie w dowód w postaci jego przesłuchania w charakterze strony, a dokonywane przez niego wypowiedzi w ocenie Izby w zupełności wyszły naprzeciw uprawnieniu odwołującego do przedstawienia stanowiska jak i dążeniu Izby do rozpoznania sprawy.

Odwołujący w sprawie KIO 1566/20 wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej procedowania jego sprawy w związku z zagrożeniem ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 6 Pzp Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W takim przypadku rozprawa odbywa się wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników.

Izba mając na uwadze treść ww. przepisu oraz okoliczności sprawy oddaliła wniosek odwołującego KANWOD o wyłączenie jawności rozprawy w części. Skład orzekający uznał, że ze względu na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 Pzp) wyłączenie jawności rozprawy powinno następować wyjątkowo, a o wyłączenie jawności rozprawy skład orzekający winien sięgać w przypadkach szczególnie uzasadnionych. W odpowiedzi na pytanie przewodniczącego składu orzekającego przedstawiciele odwołującego wyjaśnili, że przedmiotowy wniosek wynikał z możliwości złożenia dowodu, który jest zastrzeżony jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Miał to być jeden dokument, którego treść zajmowała jedną stronę formatu A4. W ocenie Izby odwołujący KANWOD mógł złożyć taki dowód bez konieczności ujawniania dokładnie jego treści wobec odwołującego Melbud i przystępującego, o czy odwołującym KANWOD został poinformowany i z czego skorzystał składają ten dowód. W związku z tym przedmiotowy wniosek okazał się niezasadny.

Izba ustaliła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny sprawy, zaprezentowany przez strony w obu sprawach, przedstawiony w treści odwołań, odpowiedziach na odwołania i piśmie procesowym przystępujacego, które zostały szeroko przytoczone powyżej, nie wymaga powielenia w tej części uzasadnienia. W ocenie Izby dokładne zrelacjonowanie treści pism procesowych stron, które zawierało przedstawienie stanu faktycznego w sposób adekwatny i zgodny z treścią przywołanej tam dokumentacji było wystarczające, jak również należy zaznaczyć, że stan faktyczny nie był sporny, sporna była jedynie ocena prawna dokumentacji postępowania.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie

wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- art. 7 ust. 3 Pzp - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

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

- art. 90 ust. 1 Pzp - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

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

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;

- art. 90 ust. 2 Pzp - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- art. 90 ust. 3 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności;

- art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu uczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1649 ze zm.) - 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie..

Sygn. akt KIO 1566/20

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez niego w postępowaniu. W treści wezwania w zasadzie przytoczył treść art. 90 ust. 1 Pzp oraz wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy, koszty sprzętu i materiałów przeznaczonych do wykonania robót, założenia dot. marży (zysku), koszty pośrednie oraz inne koszty dodatkowe, w tym

również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom. Jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy, przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Należy wskazać, że odwołujący złożył w ramach oferty kosztorys ofertowy na wzorze opracowanym przez zamawiającego i załączonym do SIWZ, który zawierał ponad dwieście pozycji. Koszty wymienione w wezwaniu z 10 czerwca 2020 r. nie zostały wymienione w treści kosztorysu ofertowego, co wskazywało, że zamawiający nie kwestionował stricte szczegółowych kosztów zawartych w złożonym przez odwołującego kosztorysie, który miał dotyczyć całości zadania. Ponadto, co najistotniejsze Izba doszła do przekonania, że koszty wskazane przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 10 czerwca 2020 r. nie miały dla zamawiającego istotnego czy też decydującego znaczenia w kontekście rażąco niskiej ceny. W celu wyjaśnienia powyższego stanowiska skład orzekający stwierdził, że wezwanie skierowane w dniu 10 czerwca 2020 r. do odwołującego, co do meritum było identyczne z wezwaniem skierowanym tego samego dnia do wykonawcy Melbud (odwołującego w sprawie KIO 1633/20), a co warto podkreślić odnosiło się do tych samych kosztów. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 18 czerwca 2020 r. złożył wyjaśnienia oraz załączył dowody na poparcie swoich wyjaśnień, czyli wypełnił wymogi podane w wezwaniu z dnia 10 czerwca 2020 r. Przy czym Izba stwierdziła, że co prawda nie odpowiadały one w punkt kosztom przedstawionym w wezwaniu, ale nie można było przyjąć, iż należało je potraktować jako zawierające takie braki, żeby uznać, iż odwołujący w ogóle takich wyjaśnień nie złożył.

Tego samego dnia tj. 18 czerwca 2020 r. wyjaśnienia złożył także drugi wzywany do ich złożenia wykonawca - Melbud. Zamawiający w dniu 6 lipca 2020 r. odrzucił ofertę odwołującego, podobnie jak wykonawcy Melbud, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z

art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba uznała, że ocenę udzielonych przez odwołującego wyjaśnień należy dokonać przez pryzmat późniejszych czynności zamawiającego, które nastąpiły już po wniesieniu odwołań

w obu sprawach.

Jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dokonał odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Skierowane przez niego wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2020 r. oparte było na regulacji przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, bowiem całkowita cena oferty odwołującego była 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 Pzp. Jak wskazał zamawiający z uwagi na brzmienie ww. przepisów, był zobowiązany do wezwania odwołującego do przedstawienia wyjaśnień niezależnie od tego, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Następnie zamawiający stwierdził, że w toku postępowania, m.in. z uwagi na sygnały płynące z rynku i informacje przekazywane przez odwołującego w treści wyjaśnień i odwołania o zmianach rynkowych dotyczących poziomu cen w okresie od wszczęcia postępowania do chwili obecnej, dokonał dodatkowej weryfikacji ustalonej przed wszczęciem postępowania szacunkowej wartości zamówienia. W tym celu przy pomocy zewnętrznego podmiotu dokonana została ponowna wycena wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem zamówienia, w formie kosztorysów inwestorskich zaktualizowanych na dzień 31 lipca 2020 r. W wyniku przeprowadzonych badań zamawiający stwierdził, że pierwotna szacunkowa wartość zamówienia była znacząco zawyżona względem tej, która powinna stanowić odniesienie dla oceny realności cen zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu. Różnica pomiędzy szacunkami wynosiła 1 289 227,64 zł. Niemniej jednak biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia przez zamawiającego, cena oferty odwołującego wciąż była niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 35%. Oznacza to, że przy uwzględnieniu zweryfikowanej wartości szacunkowej zamówienia nadal występowała przesłanka obligatoryjnego badania ceny oferty odwołującego, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r., a w konsekwencji także odrzucenie oferty odwołującego, zostało zatem - w ocenie zamawiającego - dokonane zasadnie.

Natomiast w odpowiedzi na odwołanie złożonej w sprawie KIO 1633/20 zamawiający stwierdził, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wskazując, że biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia, cena oferty wykonawcy Melbud jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 26%. Oznacza to, że przy uwzględnieniu aktualnej wartości szacunkowej zamówienia nie występuje przesłanka

obligatoryjnego badania ceny oferty odwołującego, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, a wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r. zostało wystosowane wyłącznie z uwagi na zawyżoną pierwotną szacunkową wartość zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania. W ocenie zamawiającego powyższe wypełniało przesłankę, o której mowa w końcowej części przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, tj. rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Jak wynika z powyższego zamawiający zróżnicował sytuację odwołującego i wykonawcy Melbud w wyniku zaktualizowania kosztów składających się na przedmiot zamówienia w stosunku do ustalonej przed wszczęciem postepowania szacunkowej wartości zamówienia oraz wziął pod uwagę relację cen z ofert obu wykonawców do zaktualizowanej sumy tych kosztów.

W ocenie Izby w celu przeprowadzenia rzetelnej, realnej i związanej z sytuacja rynkową oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, zamawiający mają nie tyle prawo, co są zobowiązani do uwzględnienia zmian w kosztach jakie zaszły po ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia. Wynika to z treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który w części końcowej tego przepisu stwierdza, że dwie sytuacje wymienione w tym przepisie, zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie muszą powodować konieczności takiego wezwania jeśli rozbieżność opisana w treści ww. przepisu wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, w celu dochowania należytej staranności przy ocenie ofert w kontekście rażąco niskiej ceny, zwrócił się on do podmiotu trzeciego, który dokonał zaktualizowania kosztów składających się na przedmiot zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie nakłada na zamawiającego konkretnej metody ustalenia okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia, o których mowa w jego treści. W związku z tym należy uznać, że zamawiający mogą posiłkować się wiedzą podmiotów trzecich jeśli sami nie są w stanie ocenić należycie danej sytuacji jako oczywistej okoliczności niewymagającej wyjaśnienia, szczególnie jeśli ta sytuacja wywołuje u nich wątpliwości co do możliwości zaistnienia okoliczności o których mowa w treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp in fine.

Na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający posługiwał się niewłaściwą nomenklaturą przy wyjaśnieniu swojego działania, ponieważ wskazał, że w wyniku tej aktualizacji kosztów dokonał nowej szacunkowej wartości zamówienia. Taka terminologia jest w ocenie Izby nieprawidłowa, bowiem jak wynika z treści art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, szacunkowej wartości zamówienia lub jej zmiany dokonuje się przed wszczęciem postepowania, a nie w jego trakcie. Izba uznała, że zamawiający przez przyjęcie kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r. dokonał aktualizacji kosztów składających się na przedmiot zamówienia w celu dokonania prawidłowej oceny ofert w postepowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że o ile działanie zamawiającego zmierzające do dokonania rzetelnej i realnej oceny ofert w postępowaniu pod kątem rażąco niskiej ceny należy uznać za słuszne o tyle wnioski jakie wyciągnął zamawiający wobec oferty odwołującego należy uznać za nieprawidłowe.

W tym kontekście w pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający po dokonaniu aktualizacji kosztów, o której mowa powyżej nie przedstawił, żadnego merytorycznego wyjaśnienia, ani nawet refleksji odnośnie tego jak ta zmiana przełożyła się na sytuację odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający podszedł do tej oceny dość formalnie. Stwierdził, że biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia, cena oferty odwołującego wciąż jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 35%, przez co podlega odrzuceniu.

Następnie należy przypomnieć, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania w sprawie KIO 1633/20. Tymczasem jak to wskazano powyżej w stosunku do wykonawcy Melbud, zamawiający wystosował w dniu 10 czerwca 2020 r. identyczne w swojej treści wezwanie jak w stosunku do odwołującego. Z całą stanowczością należy podkreślić, że to wezwanie dotyczyło tych samych kosztów i zamawiający pierwotnie uznał wyjaśnienia wykonawcy Melbud za niewystarczające i odrzucił ofertę tego wykonawcy. Natomiast po dokonaniu aktualizacji kosztów przez przyjęcie kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r., zamawiającemu do uwzględnienia odwołania wystarczyła wyłącznie okoliczność, że cena z tego kosztorysu nie była o 30% większa od ceny oferty Melbud. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kosztów, które opisał w wezwaniu z dnia 10 czerwca 2020 r. w stosunku do oferty Melbud zatem Izba uznała, że de facto nie miały one dla zamawiającego istotnego znaczenia z punktu widzenia rażąco niskiej ceny.

W końcu nie uszło uwadze Izby, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1633/20 wyraźnie wskazał, iż jego własne ustalenia doprowadziły go do uznania, że doszło do sytuacji o której mowa w końcowej części przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, tj. rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Powyższe

ustalenia nie można w ocenie Izby traktować wybiórczo tylko do oferty Melbud, ale do wszystkich ofert w postępowaniu, w tym oferty odwołującego. Warto po raz kolejny podkreślić, że treść art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp in fine stanowi przesłankę, która zwalnia zamawiającego z konieczności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Skoro zamawiający uznał, że doszło do takiej oczywistej okoliczności, to

ona ma zastosowanie co do wszystkich ofert w postępowaniu, a nie tylko do jednej.

W związku z powyższym Izba uznała, że czynność zamawiającego z dnia 6 lipca 2020 r. polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego była nieprawidłowa i co najmniej przedwczesna. Tym samym w ocenie składu orzekającego potwierdziły się zarzuty

naruszenia art. 89 ust. ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2, art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie znalazł potwierdzenia natomiast zarzut naruszenia art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu uczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1649 ze zm.). Przepis ten skorelowany jest z podstawą odrzucenia określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ww. podstawa odrzucenia nie znalazła zastosowania wobec oferty odwołującego. Ponadto odwołujący kwestionujący czynność zamawiającego podlegającą na odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinni korzystać w właściwych przepisów Pzp regulujących te kwestie.

Izba pominęła dowód złożony przez odwołującego na rozprawie w postaci rachunku zysków i strat za rok 2019 w wariancie porównawczym, przedłożony na okoliczność realności ceny zawartej w ofercie i możliwości uzyskania realnego zysku. Skład orzekający uznał przedmiotowy dokument za nieprzydatny, ponieważ nie miał zastosowania do okoliczności związanych z przedmiotowym postępowaniem.

Sygn. akt KIO 1633/20

Na wstępie Izba wskazała, że duża część ustaleń poczynionych w sprawie KIO 1566/20 miała przełożenie na przedmiotową sprawę, niemniej w celu zachowania zupełności uzasadnienia, skład orzekający nie odsyłał do wcześniejszej sprawy, a przytoczył je w

przedmiotowym uzasadnieniu.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez niego w postępowaniu. W treści wezwania w zasadzie przytoczył treść art. 90 ust. 1 Pzp oraz wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać elementy kalkulacyjne i konkretne założenia, z uwzględnieniem danych liczbowych odnoszących się w szczególności do kosztów wykonania zamówienia takich jak: koszty pracy osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, koszty dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia, koszty zakwaterowania, koszty biurowe, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ubezpieczenia OC, koszty związane ze świadczeniem usług przez personel Wykonawcy, koszty sprzętu i materiałów przeznaczonych do wykonania robót, założenia dot. marży (zysku), koszty pośrednie oraz inne koszty dodatkowe, w tym również koszty związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcom. Jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy, przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Należy wskazać, że odwołujący złożył w ramach oferty kosztorys ofertowy na wzorze opracowanym przez zamawiającego i załączonym do SIWZ, który zawierał ponad dwieście pozycji. Koszty wymienione w wezwaniu z 10 czerwca 2020 r. nie zostały wymienione w treści kosztorysu ofertowego, co wskazywało, że zamawiający nie kwestionował stricte szczegółowych kosztów zawartych w złożonym przez odwołującego kosztorysie, który miał dotyczyć całości zadania. Ponadto, co najistotniejsze Izba doszła do przekonania, że koszty wskazane przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 10 czerwca 2020 r. nie miały dla zamawiającego istotnego czy też decydującego znaczenia w kontekście rażąco niskiej ceny. W celu wyjaśnienia powyższego stanowiska skład orzekający stwierdził, że wezwanie skierowane w dniu 10 czerwca 2020 r. do odwołującego, co do meritum było identyczne z wezwaniem skierowanym tego samego dnia do wykonawcy KANWOD (odwołującego w sprawie KIO 1566/20), a co warto podkreślić odnosiło się do tych samych kosztów. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia w dniu 18 czerwca 2020 r. Przy czym Izba stwierdziła, że co prawda odwołujący nie załączył dowodów do swoich wyjaśnień, ale opisał i odniósł się do wszystkich kosztów jakie zakreślił zamawiający w wezwaniu .

Tego samego dnia tj. 18 czerwca 2020 r. wyjaśnienia wraz z dowodami złożył także drugi wzywany do ich złożenia wykonawca - KANWOD. Zamawiający w dniu 6 lipca 2020 r. odrzucił ofertę odwołującego, podobnie jak wykonawcy KANWOD, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba uznała, że ocenę udzielonych przez odwołującego wyjaśnień należy dokonać przez pryzmat późniejszych czynności zamawiającego, które nastąpiły już po wniesieniu odwołań w obu sprawach.

Jak wskazano powyżej zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wskazując, że biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania i wyliczenia wartości zamówienia, cena oferty odwołującego była niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ok. 26%. Oznacza to, że przy uwzględnieniu aktualnej wartości szacunkowej zamówienia nie występowała przesłanka obligatoryjnego badania ceny oferty odwołującego, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, a wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r. zostało wystosowane wyłącznie z uwagi na zawyżoną pierwotną szacunkową wartość zamówienia, ustaloną przed wszczęciem postępowania. W ocenie zamawiającego powyższe wypełniało przesłankę, o której mowa w końcowej części przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, tj. rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W ocenie zamawiającego wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r., a w konsekwencji także odrzucenie oferty odwołującego, zostało zatem dokonane nadmiarowo i jako takie winno zostać uchylone i pozbawione skutków, w tym sankcji z nim związanych. O zawyżeniu szacunkowej wartości zamówienia świadczył według zamawiającego także fakt, że oferty złożone w postępowaniu odbiegały w zakresie ceny od wyliczeń zamawiającego. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 10 231 792,82 zł. Mając to na uwadze zamawiający uznał, że zmiany cen występujące na rynku od dnia sporządzenia kosztorysów inwestorskich były znaczne i spowodowały niewłaściwą - niezgodną z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji ocenę ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu.

W ocenie Izby w celu przeprowadzenia rzetelnej, realnej i związanej z sytuacja rynkową oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, zamawiający mają nie tyle prawo, co są zobowiązani do uwzględnienia zmian w kosztach jakie zaszły po ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia. Wynika to z treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który w części końcowej tego przepisu stwierdza, że dwie sytuacje wymienione w tym przepisie, zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie muszą powodować konieczności takiego wezwania jeśli rozbieżność opisana w treści ww. przepisu wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, w celu dochowania należytej staranności przy ocenie ofert w kontekście rażąco niskiej ceny, zwrócił się on do podmiotu trzeciego, który dokonał zaktualizowania kosztów składających się na przedmiot zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie nakłada na zamawiającego konkretnej metody ustalenia okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia, o których mowa w jego treści. W związku z tym należy uznać, że zamawiający mogą posiłkować się wiedzą podmiotów trzecich jeśli sami nie są w stanie ocenić należycie danej sytuacji jako oczywistej okoliczności niewymagającej wyjaśnienia, szczególnie jeśli ta sytuacja wywołuje u nich wątpliwości co do możliwości zaistnienia okoliczności o których mowa w treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp in fine.

Na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający posługiwał się niewłaściwą nomenklaturą przy wyjaśnieniu swojego działania, ponieważ wskazał, że w wyniku tej aktualizacji kosztów dokonał nowej szacunkowej wartości zamówienia. Taka terminologia jest w ocenie Izby nieprawidłowa, bowiem jak wynika z treści art. 35 ust. 1 i 2 Pzp, szacunkowej wartości zamówienia lub jej zmiany dokonuje się przed wszczęciem postepowania, a nie w jego trakcie. Izba uznała, że zamawiający przez przyjęcie kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r.

dokonał aktualizacji kosztów składających się na przedmiot zamówienia w celu dokonania prawidłowej oceny ofert w postepowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przechodząc do argumentacji przystępujacego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania należy wskazać, że Izba uznała ją za niezasadną. Przystępujący w swoim piśmie procesowym skupił się na potwierdzeniu słuszności działań zamawiającego polegających na wezwaniu do wyjaśnień, ich oceny oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Podważał przy tym treść i zakres wyjaśnień odwołującego z dnia 18 czerwca 2020 r.

W tym kontekście Izba uznała, że potwierdziły się okoliczności i wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawarte szczególnie w pkt I tych wyjaśnień, dotyczącym zmian rynkowych. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego w ogóle nie odniósł się do argumentacji odwołującego, odnoszącej się do zmian rynkowych. Odwołujący w

wyjaśnieniach stwierdził m. in., że Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszego

postępowania przetargowego Melbud SA pragnie wskazać, że kosztorys Zamawiającego był

sporządzany na podstawie cen i kosztów z roku 2019. Tymczasem ceny i koszty znacznie zmalały w okresie sporządzania przez Melbud SA złożonej oferty - co skutkuje faktem, że ceny Melbud SA nie są w żaden sposób zaniżone lub nierynkowe, one właśnie dokładnie i szczegółowo odzwierciedlają ceny i koszty aktualnie obowiązujące. Po drugie jak wskazano powyżej zamawiający dopiero po odrzuceniu oferty odwołującego i po wniesieniu odwołania zaczął badać powyższą kwestię. W tym zakresie dokonał aktualizacji kosztów składających się na przedmiot zamówienia, czego efektem był kosztorys z dnia 31 lipca 2020 r. Przedmiotowe działania zamawiającego de facto potwierdziły argumentację zawartą przez odwołującego w wyjaśnieniach. To wystarczyło zamawiającemu do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, co oznacza, że koszty opisane w wezwaniu z dnia 10 czerwca 2020 r. nie miały dla zamawiającego istotnego lub decydującego znaczenia w kontekście rażąco niskiej ceny.

Przystępujący dopiero na rozprawie próbował kwestionować zasadność działania zamawiającego polegającego na sporządzeniu kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r., a w konsekwencji uwzględnieniu odwołania. Obiektywną okoliczność stanowi przy tym fakt, że przystępujący dopiero dzień przed rozprawą (w godzinach wieczornych) otrzymał od zamawiającego odpowiedź na odwołanie wraz kosztorysem, przez co miał dość ograniczony czas na przygotowanie argumentacji w tym zakresie, niemniej wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, co wiązało się z określoną sytuacja procesową przystępującego i niosło konsekwencje w tym zakresie.

Przystępujący próbował kwestionować zasadność sporządzenia przez zamawiającego kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r. i wynikające z niego skutki. Na rozprawie podważał dwie pozycję kosztorysu cenowego złożonego przez odwołującego wraz z ofertą w porównaniu z analogicznym kosztem z szacunkowej wartości zamówienia i w tym zakresie złożył dowód na okoliczność niewłaściwego podejścia zamawiającego przy sporządzaniu kosztorysu z dnia 31 lipca 2020 r. Izba nie wzięła tej argumentacji pod uwagę i pominęła złożony przez przystępujacego dowód. Jak wskazano powyżej wyjaśnienia i dowód odnosiły się do zaledwie dwóch z ponad dwustu pozycji kosztorysu cenowego złożonego przez odwołującego. Trudno zatem było uznać, że stanowisko było adekwatne i pokazywało generalną tendencję w działaniu zamawiającego polegającą za zaniżeniu kosztów w kosztorysie z dnia 31 lipca 2020 r.

Z powyżej wskazanych względów Izba dopatrzyła się nieprawidłowości w skarżonych w odwołaniu czynnościach zamawiającego i uwzględniła wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.

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

w sentencji.

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

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach

o sygn. akt KIO 1566/20 i KIO 1633/20, był art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisów od odwołań uiszczonych przez odwołujących oraz zasądzając:

- w sprawie KIO 1566/20 od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (20 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na

posiedzeniu,
- w sprawie KIO 1633/20 od przystępującego na rzecz odwołującego koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (20 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na posiedzeniu, a także od przystępującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (1 845,00 zł) oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę (760,03 zł) na podstawie faktury złożonej przez zamawiającego na posiedzeniu. Jeśli chodzi o zasądzenie kosztów na rzecz zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, należy wskazać, że w fakturze zamawiający w pozycji 1 wskazał te koszty w odniesieniu do obu spraw w kwocie 3 690,00 zł brutto. Z racji tego, że odwołanie w sprawie KIO 1566/20 zostało uwzględnione tj. rozstrzygnięte na niekorzyść zamawiającego skład orzekający uznał za stosowne podzielenie tych kosztów przez dwa (oddzielnie dla każdej sprawy) i zasądził w sprawie KIO 1633/20 od przystępującego na rzecz zamawiającego kwotę 1 845,00 zł (3 690,00 zł/2).

Przewodniczący: .....