Sygn. akt: KIO 1771/20
KIO 1772/20

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2020 r.

w składzie:
Krajowa Izba Odwoławcza

Przewodniczący

Protokolant:

Anna Osiecka

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych (sygn. akt: KIO 1771/20),

B. w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych (sygn. akt: KIO 1772/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ulan-Majorat
orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1771/20 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą

w Strzeszkowicach Dużych i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych na rzecz zamawiającego Gminy Ulan-Majorat kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1772/20 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych

tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych na rzecz zamawiającego Gminy Ulan-Majorat kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

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

do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1771/20
1772/20

Gmina Ulan-Majorat, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Ulan-Majorat, Ulan Duży, Ulan Mały, Stok, Kłębów, Zarzec Ułański, Wierzchowiny, Gmina Ulan-Majorat, zlewnia pompowni P-9 - Etap-II w podziale na dwie części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 czerwca 2020 r. pod numerem 548600-N-2020.

W dniu 27 lipca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz T. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAR-MAX T. R. z siedzibą w Strzeszkowicach Dużych, dalej „Odwołujący", wnieśli odwołania w zakresie części 1 i 2 zamówienia. W odniesieniu do części 1 zamówienia (sygn. akt KIO 1771/20) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego przez co doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na w istocie nierówne traktowanie Odwołującego w postępowaniu;

2. art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty z uwagi na błędne uznanie, że wadium zostało wniesione przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, w sytuacji gdy Odwołujący wniósł wadium w formie określonej przez Zamawiającego SIWZ oraz zgodnie z przepisami dotyczącymi wnoszenia wadium;

3. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę i nieuwzględnienie wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji gdy Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. w spójny i wyczerpujący sposób wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na dowód czego przedstawił szczegółowe wyjaśnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru Odwołującego, jako wykonawcy najkorzystniejszego.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający błędnie uznał, że wadium zostało wniesione przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy. Odwołujący składając ofertę w postępowaniu

wniósł wadium w formie gwarancji. Gwarant udzielił gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 20.000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych). Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wniósł wadium w zakresie części 1 zamówienia w wysokości 10.000 zł oraz w zakresie części 2 zamówienia - również 10.000 zł. Odwołujący złożył dwie oferty, zarówno na część 1 zamówienia, jak również na część 2 zamówienia, wobec czego złożona przez niego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998A914087 z dnia 24.06.2020 r. opiewała na kwotę 20.000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych). Bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy jest oczywista omyłka pisarska w złożonej gwarancji, gdzie gwarant w § 1 gwarancji w nawiasie dokonał rozbicia udzielonej gwarancji w wysokości 20.000 zł na dwie kwoty jednostkowe: 5.000 zł i 10.000 zł, bowiem łączna wymagana suma gwarancyjna wiążąca dla gwaranta jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wynosi 20.000 zł.

Zamawiający naruszył także art 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę i nieuwzględnienie wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji gdy Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. w spójny i wyczerpujący sposób wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na dowód czego przedstawił szczegółowe wyjaśnienia. Ponadto, oferowana przez Odwołującego cena oferty winna być rozpatrywana w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na nierówne traktowanie Odwołującego w postępowaniu.

W odniesieniu do części 2 zamówienia (sygn. akt KIO 1772/20) Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego przez co doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na w istocie nierówne traktowanie Odwołującego w tym postępowaniu;

2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę i nieuwzględnienie wyjaśnień wykonawcy w sytuacji gdy Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. w spójny i wyczerpujący sposób wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na dowód czego przedstawił szczegółowe wyjaśnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru Odwołującego, jako wykonawcy najkorzystniejszego.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę i nieuwzględnienie wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji gdy Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. w spójny i wyczerpujący sposób wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na dowód czego przedstawił szczegółowe wyjaśnienia. Ponadto, oferowana przez Odwołującego cena z jego oferty winna być rozpatrywana w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na nierówne traktowanie Odwołującego w postępowaniu.

Do postępowań odwoławczych nie przystąpił żaden wykonawca w ustawowym terminie.

Pismami z dnia 19 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołań w całości. Pisma procesowe znajdują się w aktach sprawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wezwań Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi Odwołującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołującego, informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska

wyrażone w odwołaniach, pismach procesowych Odwołującego, odpowiedzi na odwołania, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 sierpnia 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Ulan-Majorat, Ulan Duży, Ulan Mały, Stok, Kłębów, Zarzec Ułański, Wierzchowiny, Gmina Ulan-Majorat, zlewnia pompowni P-9 - Etap-II w podziale na dwie części.

W Rozdziale 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ", wskazano, że wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium: w zakresie części 1 zamówienia w wysokości: 10.000,00 PLN (słownie: dziesięć tysięcy złotych 0/100); w zakresie części 2 zamówienia w wysokości 10.000,00 PLN (słownie: dziesięć tysięcy złotych 0/100). Zgodnie z rozdziałem 6 pkt 4 SIWZ w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, gwarancja musi być gwarancją nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, sporządzoną zgodnie z obowiązującymi przepisami i powinna zawierać następujące elementy: a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib, b) kwotę gwarancji, c) termin ważności gwarancji w formule: „od dnia do dnia", d) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze żądanie zamawiającego w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z Rozdziałem 10 SIWZ wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto w zł (PLN), która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia, w części na którą składa ofertę. Cena oferty — jest to kwota wymieniona w Formularzu oferty (Załącznik nr 3 SIWZ), którą należy podać w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc po przecinku).Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło sześciu wykonawców w zakresie części 1 oraz siedmiu wykonawców w zakresie części 2, w tym Odwołujący, który zaoferował Zamawiającemu łączną cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia w wysokości 1.718.636,40 zł brutto w zakresie części 1 oraz 2.018.314,92 zł w zakresie części 2. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zakresie części 1 - 2.146.569,08 zł oraz w zakresie części 2 - 2.504.742,78 zł.

Odwołujący do oferty załączył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998A914087 z dnia 24 czerwca 2020 r., gdzie w §1 wskazano, że Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 20.000 PLN (słownie: dwadzieścia tysięcy zł 00/100), (Część 1 zamówienia - 5.000,00 zł, Część 2 zamówienia - 10.000 zł) związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest BUDOWA SIECI KANALIZACJI SANITARNEJ DLA miejscowości Ulan-Majorat, Ulan Duży, Ulan Mały, Stok, Klębów, Zarzec Ulański, Wierzchowiny, Gmina Ulan-Majorat część I i część II.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Odwołującego o wyjaśnienie (zarówno w zakresie części 1, jak i 2) czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona w zakresie części 1 i 2 jest o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalności projektu, kosztów prac, 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; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2020 r. wyjaśnił, że składniki cenotwórcze zostały starannie opracowane i przemyślane przez oferenta poprzez profesjonalne służby ds. kosztorysowania, bowiem: - w zakresie kosztów pracy dysponujemy kadrami wykonawczymi, których prawa w zakresie wynagrodzenia za pracę są w całości zachowane w kontekście zawartych umów o pracę z pracownikami w tym wysokości płacy minimalnej, także w kontekście stopnia trudności i uciążliwości charakteru robót budowlanych do przestrzegamy przepisów prawa pracy z zakresu b.h.p„ - sposób organizacji pracy, rozpoznanie terenu budowy oraz umiarkowanie odległy teren budowy od siedziby firmy pozwala kształtować koszty pracy oraz koszty ogólne na nieznacznym poziomie, - w zakresie kosztów nabywania materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu /w tym rur oraz studni, jak też przepompowni/ zamówienia dysponujemy możliwościami uzyskiwania znacznych upustów i bonusów w zakresie cen materiałów w hurtowniach, także ze względu na zachowanie pełnej płynności finansowej BUDIMAR spółka z o.o., - dysponujemy własnym sprzętem budowlanym niezbędnym do wykonania zamówienia, - nie uzyskiwaliśmy pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów w żadnej formie, - nie przewidujemy wykonania części zamówienia podwykonawcom spoza członków Konsorcjum, - respektujemy w całości przepisy z zakresu ochrony środowiska i zapewniamy o stosowaniu się do tych przepisów. Nadto, należy zwrócić szczególną uwagę, że (w zakresie części 1): - w postępowaniu przetargowym co najmniej jeszcze jedna oferta z kwotą zbliżoną do ceny z oferty Konsorcjum, które reprezentuje BUDIMAR spółka z o.o., - istotny wpływ na arytmetyczną średniej ceny wszystkich ofert mają dwie spośród pięciu ofert złożone oferty jedna na poziomie ponad 3.500.000 zł, a druga na poziomie prawie 3.000.000 zł za wykonanie przedmiotu zamówienia, które z uwagi na znaczny rozzuł cen zawyżają średnią arytmetyczną cenę; (w zakresie części 2): - w postępowaniu przetargowym co najmniej jeszcze jedna oferta z kwotą bardzo zbliżoną do ceny z oferty Konsorcjum, które reprezentuje BUDIMAR spółka z o.o., - istotny wpływ na arytmetyczną wysokość średniej ceny wszystkich ofert ma złożona oferta jedna na poziomie niemal 4.500.000 zł, co znacznie zawyża średnią arytmetyczną cenę. Do każdych wyjaśnień Odwołujący załączył kosztorys wraz z tabelą elementów scalonych, gdzie podał m.in. koszt: robocizny, materiałów oraz sprzętu.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 22 lipca 2020 r. wskazano, że w zakresie części 1 wadium zostało wniesione przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy ponieważ nie zabezpiecza oferty na kwotę wymaganą przez Zamawiającego, zatem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 7b) ustawy Pzp.

Dodatkowo, zarówno w zakresie części 1, jak i 2, Zamawiający wskazał, że wykonawca w wyjaśnieniach w sposób lakoniczny i powierzchowny przedstawił powody zaoferowania niskiej ceny. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nie wyjaśnił dlaczego powodują aż tak znaczące obniżenie ceny jego oferty od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ponadto wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie nie ustosunkował się do kwestii dotyczących sposobu wyliczenia ceny, które Zamawiający wskazywał w wezwaniu, tj. w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalności projektu. Dodatkowo przedstawił kosztorys ofertowy, który został poddany szczegółowej analizie przez biegłego powołanego w przedmiotowym postępowaniu W ocenie biegłego: części składowe złożonej przez wykonawcę oferty noszą znamiona rażąco niskiej ceny i budzą wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, oferta nie została uzupełniona o zapisy zmian nakładów w Katalogach Nakładów Rzeczowych, wyjaśnienia oferenta dotyczące wyceny nie zawierają dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne i oprócz niezwykle ogólnych sformułowań o starannym opracowaniu składników cenotwórczych przez profesjonalne służby ds. kosztorysowania nie wskazują żadnych konkretnych danych i dowodów pozwalających na ustalenie sposobu wyliczenia ceny oraz powodów obniżenia ceny poniżej wskaźnika wskazanego w art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp. Wykonawca składając ogólne i gołosłowne wyjaśnienia, nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty. Wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, że w zakresie części 1 zaoferowana przez wykonawcę cena odbiega o 30,04% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a w zakresie części 2 zaoferowana przez wykonawcę cena odbiega o 32,62% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi

art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołań.

Sygn. akt KIO 1771/20

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Co do zasady, Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2334/11, z którego wynika, iż wadium może podlegać wykładni jak każde oświadczenie woli, niemniej jednak podstawy do interpretacji muszą być niebudzące wątpliwości. W ocenie Izby dokonana wykładnia oświadczenia woli musi uwzględniać fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takie pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli celów gospodarczych za środki publiczne.

Następnie, skoro rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą, to niewątpliwie Zamawiający nie może mieć wątpliwości co do okoliczności wniesienia wadium, w tym co do kwestii, w jakim postępowaniu wadium zostało wniesione oraz, w przypadku zamówień częściowych, jakie części zamówienia obejmuje i w jakiej wysokości. Natomiast w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Odwołujący wniósł prawidłowo wadium dla zabezpieczenia części 1 zamówienia, bowiem w gwarancji wadialnej wskazano dla części 1 - 5.000 zł, podczas gdy Zamawiający wymagał - 10.000 zł.

Izba zwraca uwagę, że wadium stanowi dokument, który nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast wykładania samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle. Dlatego też Izba nie wzięła pod uwagę aneksu do gwarancji wadialnej załączonego do odwołania. Dokument ten nie był znany Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert, został wystawiony i złożony po terminie składania ofert i stanowi jedynie dodatkowe stanowisko procesowe. Niewątpliwie nie może stanowić literalnej wykładni pierwotnego oświadczenia woli gwaranta, tym bardziej, że jak słusznie zauważył Zamawiający, aneks do gwarancji wadialnej (załączony do odwołania) nie został nawet podpisany przez gwaranta.

Należy zatem podzielić stanowisko Zamawiającego, iż kwota wniesionego wadium, była niewystarczająca na zabezpieczenie części 1 zamówienia, a błąd gwarancji wadialnej Odwołującego nie ma charakteru oczywistego, bowiem w dokumencie mowa o sumie do wysokości 20.000 zł, a następnie gwarant rozbija te kwotę na dwie pozycje, zatem suma 5.000 zł i 10.000 zł spełnia powyższy wymóg, a równocześnie nie daje pewności Zamawiającemu, że mógłby skutecznie dochodzić swoich roszczeń w ramach części 1 zamówienia na podstawie złożonej gwarancji. Wpłata niższej kwoty niż wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwota wadium jest równoznaczna z niewniesieniem wadium w ogóle, co uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba uznała również, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego nakierowanej na fakt braku obowiązku przedstawienia stosownych dowodów wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny należy wskazać, że profesjonalista jakim jest Odwołujący, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne, zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa

ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego było dość ogólne, niemniej Zamawiający wskazywał, że należy przedłożyć określone dowody. Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku - dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów niepopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna.

Izba oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego stwierdza, że składały się one wyłącznie z wyjaśnień oraz kalkulacji, bez wskazania dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty. Zdaniem Izby, koszt robocizny oraz materiałów budowlanych stanowi zasadniczy element mający wpływ na zaoferowaną cenę w niniejszym postępowaniu. Zatem wykonawca winien przedstawić chociażby dowody w powyższym zakresie.

Jeżeli okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności wykonawcy miało być posiadanie odpowiednich upustów czy rabatów należało przedstawić konkretne dowody, na tę okoliczność. Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach Odwołującego brak jakiejkolwiek informacji o oferowanych rabatach, szczególnych upustach związanych z określonymi relacjami handlowymi, czy to w postaci korespondencji z producentem, czy w ramach oferty handlowej. Odwołujący nie przedstawił również w wyjaśnieniach żadnych dowodów dotyczących dysponowania własnym sprzętem. Oświadczył także, że sposób organizacji pracy, rozpoznanie terenu budowy oraz umiarkowanie odległy teren budowy od siedziby firmy pozwala kształtować koszty pracy oraz koszty ogólne na nieznacznym poziomie. Niemniej nie wskazał w jaki sposób powyższe przekłada się faktycznie na obniżenie tychże kosztów. Równocześnie Izba wskazuje, że rzeczywiście Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach zawarł kosztorys ofertowy, niemniej zdaniem Izby to za mało, by udowodnić w niniejszym stanie faktycznym brak rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do argumentacji związanej z cenami dwóch ofert, które zawyżają średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą w zakresie obliczania średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszystkie złożone w terminie w postępowaniu oferty, również te, które zostały już przez zamawiającego odrzucone na podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, czy też podlegają takiemu odrzuceniu. Ustawodawca polski nie wprowadził rozwiązania, gdzie automatycznie odrzuca się ofertę najtańszą oraz najdroższą. Zatem argumentacja Odwołującego w zakresie rzekomego zawyżania średniej arytmetycznej ceny dwóch ofert pozostaje bez znaczenia wobec aktualnego stanu prawnego.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego. Natomiast niewątpliwie naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1

ustawy Pzp byłoby, o co wnioskował Odwołujący podczas rozprawy, ponowne wezwanie do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami.

Sygn. akt KIO 1772/20

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzutu związanego z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 1771/20, wobec faktu, iż zarówno w części 1, jak i 2 zamówienia, wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia wykonawcy były niemalże identyczne; niemniej dla porządku Izba krótko odniesie się do przedstawionej w odwołaniu argumentacji.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp: 1. 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 (...) 1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (...).

Oznacza to, że zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp (tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, cen innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Zatem, zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z ww. progów. Izba zwraca też uwagę, że ww. progi dotyczą wartości zamówienia powiększonej o VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a nie jak podnosił w swojej argumentacji Odwołujący kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający jest zobligowany do wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, zatem Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie wskazał, ile razy zamawiający może wzywać do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie oznacza to jednak, że zamawiający jest zobligowany przejmować inicjatywę za wykonawcę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość podanej ceny. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania Odwołującego podczas złożenia wyjaśnień, niepopartych w zasadzie żadnymi dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, lecz także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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).

Przewodniczący: .....