Sygn. akt: KIO 82/20

WYROK

z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2020 r. przez wykonawcę ARBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52 prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gielniów z siedzibą w Gielniowie przy Pl. Wolności 75

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Gielniów z siedzibą w Gielniowie przy Pl. Wolności 75:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ARBUD Sp. z o.o.

  Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52,

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty

  wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52 połączone z ponownym wezwaniem ww. wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Gielniów z siedzibą w Gielniowie przy Pl. Wolności 75 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ARBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminę Gielniów z siedzibą w Gielniowie przy Pl. Wolności 75 na rzecz wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Radomiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 82/20

Uzasadnienie

Gmina Gielniów z siedzibą w Gielniowie przy Pl. Wolności 75 (dalej: „Zamawiający" lub „Gmina") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Gałki, Wywóz".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 grudnia 2019 r. pod nr 634082-N-2019.

Pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę ARBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Radomiu przy ul. Staroopatowskiej 24, lok. 52 (dalej: „Odwołujący" lub „Arbud") o czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. co zostało zaskarżone przez wykonawcę Arbud odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") w dniu 15 stycznia 2020 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujący przepisów ustawy:

I. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez błędną i nieprzejrzystą ocenę wyjaśnień

Odwołującego w zakresie ceny oferty, w ramach której Zamawiający wziął pod uwagę jedynie część twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień, zaś w pozostałym zakresie, przedstawione twierdzenia i dowody pominął, mimo że dotyczyły kluczowych czynników cenotwórczych, potwierdzały rynkowy charakter zaoferowanej ceny oraz możliwość prawidłowego zrealizowania zamówienia;

II. art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz, gdyby oceniono je w całości a nie częściowo potwierdzały, że cena oferty Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia;

III. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nieprzejrzysty, z odniesieniem się jedynie do części twierdzeń i dowodów przedstawionych w ramach wyjaśnień ceny oferty;

IV. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez jego zastosowanie i oparcie na nim czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy przepis ten dotyczy treści zawiadomienia o wyniku postępowania w zakresie odrzucenia ofert i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy;

V. art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie i oparcie na

nim czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy przepis ten dotyczy oceny wyjaśnień i nie może stanowić samodzielnej podstawy odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

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

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

VIII. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

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

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podnosił, że treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego była szczegółowa, zawierała kosztorysy i oferty, opis działalności wykonawcy i co do zasady odpowiadała treści wezwania do złożenia wyjaśnień. Natomiast treść wezwania do złożenia wyjaśnień była bardzo ogólna. Zamawiający w istocie ograniczył się do przekopiowania z ustawy treści art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Poza tym Zamawiający nie określił w wezwaniu co konkretnie miało podlegać wyjaśnieniu przez Odwołującego. Nie oznacza to jednak, że wyjaśnienia Odwołującego były ogólne, czy też zawierały gołosłowne twierdzenia. Odwołujący wskazywał, że do wyjaśnień załączył dowody na potwierdzenie wskazywanych okoliczności. Ponadto wykonawca Arbud podnosił, że załączył do wyjaśnień kosztorysy ofertowe z dnia 19.12.2019 r. dotyczące wykonania robót w Gałkach i Wywozie. W kosztorysach tych przedstawił ceny jednostkowe dla wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia. Jednocześnie z kosztorysów ofertowych wynika, że Odwołujący założył stawkę roboczogodziny na poziomie 16 zł. Zdaniem Odwołującego należy zwrócić uwagę, że jest to wyższy poziom niż wynika to z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.

Kolejno Odwołujący podnosił, że ocena wyjaśnień Odwołującego została dokonana przez Zamawiającego wadliwie, w sposób nieprzejrzysty. Jego zdaniem z uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający przy ocenie wyjaśnień Odwołującego, w zakresie ceny oferty, wziął pod uwagę wyłącznie część przedstawionych tam twierdzeń i dowodów. W opinii wykonawcy Arbud na podstawie treści uzasadnienia można ustalić, że Zamawiający wziął pod uwagę wyłącznie twierdzenia i dowody Odwołującego dotyczące: posiadania własnego sprzętu (lecz wyłącznie w kontekście wyeliminowania kosztów najmu maszyn) oraz posiadania zaplecza budowy w niewielkiej odległości do placu budowy. Wobec tego Odwołujący stwierdził, że poza tym do czynności odrzucenia jego oferty Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do twierdzeń i dowodów przedstawionych w ramach wyjaśnień. Tym samym wykonawca Arbud uznawał, że Zamawiający nie odniósł się w ogóle do złożonych przez Odwołującego twierdzeń i dowodów w pozostałym zakresie, tj. dotyczących:

- korzystnych warunków zakupu towarów oraz przykładowych ofert dostawców,

- posiadania w zasobach własnego materiału do wymiany gruntu,

- posiadania własnego sprzętu, lecz w kontekście zastąpienia wykonania prac ręcznych występujących w SIWZ wykonaniem ich przez wyspecjalizowane maszyny i elektronarzędzia (koparki, zagęszczarki, zgrzewarki),

- posiadania doświadczonej kadry i wykazu osób,

- kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych ujętych w kosztorysach ofertowych z dnia 19.12.2019 r.

Odwołujący stał na stanowisku, że twierdzenia i dowody złożone przez niego w powyższym zakresie miały istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. Potwierdzały one, że zaoferowana cena:

- ma charakter rynkowy (opiera się na wycenie materiałów przez podmioty trzecie, z uwzględnieniem dostępnych Odwołującemu rabatów, przy czym łączna wartość ofert przedstawionych w ramach wyjaśnień wynosiła aż 1 254 589,29 zł brutto),

- gwarantuje możliwość wykonania zamówienia w sposób ekonomiczny (możliwość zastąpienia wykonania prac ręcznych występujących w SIWZ wykonaniem ich przez wyspecjalizowane maszyny i elektronarzędzia, oparcie realizacji zamówienia na doświadczonej kadrze, biegłej w wykonawstwie zamówień o takim charakterze).

Kolejno Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie odniósł się również do

przedstawionych przez Odwołującego kosztorysów ofertowych, podczas gdy przedstawiono tam ceny jednostkowe za prace objęte przedmiotem zamówienia. Ponadto pominięcie przez Zamawiającego kosztorysów ofertowych ma o tyle znaczenie, że wynika z nich, że Odwołujący założył stawkę roboczogodziny na poziomie 16,00 zł. Ponadto wykonawca Arbud stwierdził, że z treści uzasadnienia nie wynika jakimi kryteriami kierował się Zamawiający pomijając pozostałe twierdzenia i dowody złożone przez Odwołującego co jego zdaniem wydaje się być sprzeczne z zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym w opinii Odwołującego dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez niego wyjaśnień jest wadliwa. Jego zdaniem Zamawiający całkowicie pominął, że sformułowane przez niego wezwanie było bardzo ogólne. Oznacza to, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień Odwołującego bez uwzględnienia poziomu szczegółowości sporządzonego przez siebie wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził jednocześnie, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego była wybiórcza, nieprzejrzysta. Wskazuje na to odniesienie się w treści uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty tylko do części twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Odwołującego. Zamawiający całkowicie pominął przy tej ocenie twierdzenia i dowody mające kluczowe znaczenie dla potwierdzenia, że cena oferty Odwołującego jest rynkowa i umożliwia prawidłową realizację zamówienia. Nie wiadomo jakimi kryteriami Zamawiający kierował się pomijając część twierdzeń i dowodów Odwołującego. Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę powinno opierać się na całokształcie złożonych wyjaśnień (wyrok KIO z dnia 22.01.2019 r., sygn. akt KIO 2519/18). Zdaniem Odwołującego w powyższych powodów dokonana przez Zamawiającego ocena jego wyjaśnień oraz będąca następstwem tej oceny, czynność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, były wadliwe i zostały dokonane z naruszeniem odpowiednio przepisów art. 90 ust. 3 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nieprzejrzysty, z odniesieniem się jedynie do części twierdzeń i dowodów przedstawionych w ramach wyjaśnień ceny oferty wykonawca Arbud podniósł, że jednocześnie Zamawiający podał w uzasadnieniu, że „Zamawiający nie ma obowiązku podpowiadać wykonawcy, dlaczego zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco niską". W ocenie Odwołującego takie uzasadnienie czynności odrzucenia oferty jest sprzeczne z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że celem ww. przepisu jest zagwarantowanie wykonawcy, którego oferta została odrzucona, możliwości zapoznania się motywami działania zamawiającego oraz umożliwienie ewentualnego zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej. Jednocześnie, z uwagi na określoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę przejrzystości postępowania wydaje się, że w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powinien podać wszystkie (a nie tylko niektóre) powody, które przesądziły o odrzuceniu oferty wykonawcy. Odwołujący argumentował, że w niniejszej sytuacji uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego nie wypełnia celu, jaki ma realizować art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem Zamawiający w uzasadnieniu odniósł się jedynie do części wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożonych przez Odwołującego. Nie wiadomo jednocześnie czy Zamawiający w ogóle wziął pod uwagę pozostałą część tych wyjaśnień (a ewentualnie jeśli wziął - to czemu uznał, że te twierdzenia i dowody nie mają znaczenia dla możliwości zaoferowania ceny na poziomie właściwym dla Odwołującego). Odwołujący stwierdził, że w ten sposób Zamawiający uniemożliwił jemu zakwestionowanie czynności odrzucenia oferty od strony merytorycznej w zakresie twierdzeń i dowodów złożonych w ramach wyjaśnień, a całkowicie pominiętych w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia.

Kolejno wykonawca Arbud zaprezentował argumentację dotyczącą zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez jego zastosowanie i oparcie na nim czynności odrzucenia oferty

Odwołującego, podczas gdy przepis ten dotyczy treści zawiadomienia o wyniku postępowania w zakresie odrzucenia ofert i nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy oraz zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie i oparcie na nim czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy przepis ten dotyczy oceny wyjaśnień i nie może stanowić samodzielnej podstawy odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego podał, że podstawą prawną tego działania jest art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp. Tymczasem przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może w ogóle stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, bowiem dotyczy obowiązku informacyjnego Zamawiającego w zakresie wyniku postępowania (a dokładnie w zakresie odrzuconych ofert). W związku z powyższym wykonawca Arbud uznawał, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp było wadliwe.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że przepis art. 90 ust. 3 Pzp nie może również stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy w związku z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny. Zwracał uwagę, że przepis ten dotyczy oceny wyjaśnień, która to ocena może dopiero prowadzić do czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Takie rozumienie art. 90 ust. 3 Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie i piśmiennictwie (wyrok KIO z dnia 23.11.2011 r., sygn. akt KIO 2431/11). W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, czynności odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę była wadliwa o tyle, że oparta została na przepisie art. 90 ust. 3 Pzp, który nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty w tym zakresie. Zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia oferty nie wskazał w ogóle na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na końcu Odwołujący odniósł się do zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie jego oferty, która zawiera ceny realne, umożliwiające realizacje zamówienia i osiągniecie zysku oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przez odrzuceniem jego oferty, mimo istnienia wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego zaoferowana przez niego cena jest prawidłowa i właściwie skosztorysowana (Zamawiający nie miał żadnych uwag odnośnie kosztorysu, nie zadawał pytań, nie wskazywał na nieprawidłowości), umożliwia uzyskanie godziwego zysku i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty jest całkowicie bezzasadne. Z faktu odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę wywodził on, że Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, natomiast nie było tak, że potwierdziły one rażąco niską cenę. W takiej sytuacji Zamawiający, przed odrzuceniem oferty, powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a tym samym umożliwić mu odniesienie się do wszelkich wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający mógł go wezwać do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie okoliczności, które zakwestionowane zostały w uzasadnieniu do odrzucenia oferty, tj. o ile konkretnie obniżono koszty realizacji zamówienia dzięki posiadaniu własnego sprzętu, o ile obniżono koszty realizacji zamówienia, w tym koszty pracy dzięki posiadaniu zaplecza budowy w niewielkiej odległości od placu budowy. Zamawiający mógł również wezwać Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie złożonych kosztorysów ofertowych. Wskazać należy, że Odwołujący podał tam kluczowe informacje o sposobie kalkulacji swojej oferty, tj.: ceny jednostkowe za wszystkie czynności objętej przedmiotem zamówienia, wysokość założonego zysku, wysokość kosztów pośrednich, stawkę roboczogodziny. W okolicznościach niniejszej sprawy ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty - było w ocenie Odwołującego tym bardziej uzasadnione, że treść pierwotnego wezwania była bardzo ogólna i w istocie ograniczała się do przekopiowania treści art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp z pominięciem wskazania w wezwaniu co do dokładnie miało zostać wyjaśnione przez Odwołującego. W tym miejscu wykonawca Arbud wskazywał, że w orzecznictwie dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty w sytuacji, gdy po stronie Zamawiającego, po udzieleniu pierwszych wyjaśnień, nadal utrzymują się wątpliwości co rzetelności wyliczenia ceny. Akcentuje się, że takie wezwanie może nastąpić w szczególności, jeśli pierwotne wezwanie było ogólne.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu, gdyby Zamawiający go wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym powyżej, w szczególności informacji zawartych, w złożonym w ramach pierwotnych wyjaśnień, kosztorysach ofertowych, to Odwołujący udzieliłby dodatkowych wyjaśnień, gdzie ostatecznie wyeliminowałby wszelkie wątpliwości Zamawiającego w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny oraz możliwości

prawidłowej realizacji zamówienia za tą cenę. W takiej sytuacji nie doszłoby do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę. Zaniechanie w powyższym zakresie zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na ww. odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu ww. stanowiska Zamawiający wskazywał m. in., że Odwołujący miał wyznaczony dziewięciodniowy (9 dniowy) termin na udzielenie wyjaśnień, z uwagi na okres noworoczny. Odwołujący miał odpowiednio dużo czasu, aby sporządzić wyczerpujące wyjaśnienia; ale także zebrać dowody na poparcie tez wyjaśniających. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. W tym celu wykonawca powinien posługiwać się nie tylko wyjaśnieniami, ale i dowodami. Jednakże w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi, co, zostało wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzucał, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień była ogólna i Zamawiający nie wskazał w wezwaniu co dokładnie miało zostać wyjaśnione. Zdaniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z wyżej prezentowanym stwierdzeniem, z uwagi na fakt, że w wezwaniu Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w rozumieniu wszystkich elementów, które cenę oferty kształtowały. Odwołujący dokładnie tak odczytał treść wezwania, o czym Odwołujący sam nadmienił w odwołaniu i wskazał, że złożone wyjaśnienia były dostosowane do treści wezwania i nie były ogólne ani bez pokrycia. Zamawiający podkreślał, że w akapicie drugim wezwania zostało sprecyzowane, co Zamawiający będzie brał pod uwagę oceniając złożone wyjaśnienia.

Następnie Zamawiający podnosił, że z uwagi na fakt, iż w prowadzonym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, a wszyscy wykonawcy, w .tym Odwołujący, na etapie składania ofert nie zostali zobligowani do przedłożenia kosztorysu ofertowego, zasadnym było zwrócenie się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień w sposób ogólny w zakresie zaoferowanej ceny z oferty. W ocenie Zamawiającego taki sposób postępowania jest logiczny nie godzący w przepisy Pzp, zważywszy, że Zamawiający nie znając wartości żadnego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odnieść się może wyłącznie do całkowitej ceny ryczałtowej podanej w ofercie. Stąd zarzut nieprecyzyjności jest chybiony. Zamawiający nadmieniał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zareagował w sposób pozytywny, co więcej - z jego punktu widzenia optymalny. Co potwierdza, że w sytuacji, gdy Zamawiający wniósł o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, miał na, celu złożenie wyjaśnień całościowych w tym przedmiocie, co Odwołujący odczytał jednoznacznie i bez wątpliwości co do treści wnioskowanych wyjaśnień.

Zamawiający podkreślał, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy, posługuje się sformułowaniem „zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe" to tym samym należy odczytywać ten zapis w ten sposób, że Zamawiający ma prawo do udzielenia wyjaśnień w zakresie. ceny jako całości, w szczególności w sytuacji, gdy brak jest w ofercie cen jednostkowych. Inna możliwość w prowadzonym postepowaniu przez Zamawiającego nie występuje.

Zamawiającego stwierdził, że rozważył wszystkie wyjaśnienia ujęte w odpowiedzi na wezwanie, a także szczegółowo i dogłębnie zapoznał się ze wszystkimi dowodami załączonymi do udzielonych wyjaśnień. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu faktycznym, że wykonawca złożył wyjaśnienia, nie przedstawiając jednak wystarczających dowodów, z których wynikałoby, iż realizacja przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną w złożonej ofercie jest możliwa, a zadanie byłoby zrealizowane z należytą starannością. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie korzystnych warunków zakupu towaru na wykonanie zadania z indywidualną wyceną, rabatami oraz transportem na teren budowy potwierdzone m.in. dołączonymi wydrukami ofert z firmy Onninen sp. z o. o. nie mogły być uznane za potwierdzające ich pozyskanie przez Zamawiającego, z uwagi na fakt niedołączenia przez Odwołującego pisemnej zgody sprzedawcy sporządzającego ofertę dla Odwołującego na udostępnianie i ujawnianie osobom trzecim oferty, co wskazano w warunkach dodatkowych do oferty Onninen sp. z o. o. nr 202213657 i 202075640. Ubocznie Zamawiający wskazywał na brak potwierdzenia złożenia zamówienia gwarantującego zakup towarów i jego rezerwację, a także wyłączających rękojmię, o czym stanowi pkt 1, 2, 9 warunków dodatkowych. Następnie Zamawiający przywoływał pkt 14 warunków dodatkowych do przedmiotowych ofert, w którym podano, że treść oferty jest poufna, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji i nie może być udostępniana lub ujawniana osobom trzecim bez uprzedniej, pisemnej zgody Sprzedającego. Nieuprawnione udostępnianie, ujawnianie lub powielanie oferty w całości lub części, a także inne działania Kupującego o podobnym - charakterze są prawnie zabronione podlegają ściganiu na podstawie stosownych ustaw, w tym przepisów Kodeksu Karnego oraz z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wyjaśniał, że wszedł w posiadanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez dołączenie ich jako dowodu na brak rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego i jego zdaniem zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mógł uznać przedstawionych ofert jako dowodów na potwierdzenie, że cena wskazana przez Odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Stąd Zamawiający musiał pominąć oferty z firmy Onninen sp. z o. o. jako dowody załączone do wyjaśnień, gdyż w sytuacji ich uznania dokonałby ich wykorzystania, czym naraziłby się na popełnienie deliktu. Zdaniem Zamawiającego ww. oferty przy wyjaśnieniach nie mogły stanowić dowodu na potwierdzenie cen materiałów, a jedynie zamówienie co wynikało z pouczeń zawartych w warunkach dodatkowych ofert Onninen sp. z o. o. W opinii Zamawiającego także załączone oferty z Zakładu Materiałów Budowalnych mgr inż. A. P. NIP 7960070894 nie mogą potwierdzać opisanego w wyjaśnieniach korzystnego zakupu towaru z uwzględnieniem indywidualnych wycen, rabatów oraz transportu produktów na teren budowy, gdyż nie są to oferty podmiotu wskazanego w treści wyjaśnień, którym jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Spec-bet M. P. NIP 7960033798. Są to różne podmioty gospodarcze. Treść pisemnych wyjaśnień Odwołującego i w tym zakresie, nie koresponduje z załączonymi dokumentami, z uwagi na okoliczność, że dokumenty te nie posiadają waloru dowodowego, co do wykonania ceny rynkowej.

Zamawiający kolejno wskazywał, że Odwołujący podał: "że Zamawiający oprócz braku odniesienia się do korzystnych warunków zakupu towaru, Zamawiający nie odniósł się do. posiadania w zasobach własnych pełnowartościowego materiału do wymiany gruntów tj. ok. 15 tys. ton piasku, posiadania wykwalifikowanej kadry pracowniczej zatrudnionej „na umowy o pracę z wynagrodzeniem uwzględniającym minimalną stawkę godzinową wraz z wykazem stanowisk pracowników oddelegowanych do wykonania przedmiotu zamówienia, kalkulacji cen w kosztorysach. Zamawiający stwierdził, że nie odniósł się do złożonych wyjaśnień Odwołującego w/w zakresie, z uwagi na fakt że nie kwestionował twierdzeń Odwołującego. Ponieważ nie można było się odnieść do poszczególnych cen ujętych w kosztorysach z przyczyn braku dowodów potwierdzających ceny towarów i materiałów. W świetle braku wiarygodności przedstawionych ofert, co wynika z sytuacji opisanych w treści uzasadnienia. Zamawiający stwierdził, że nie miał możliwości na dokonanie. oceny kosztorysów ofertowych gdyż, dowody w postaci ofert Onninen sp. z o. o. i Zakładu Materiałów Budowalnych mgr inż. A. P. wskazane na ich poparcie nie mogły być ujawnione oraz uznane za wiarygodne, tym samym nie było możliwości weryfikacji cen w zakresie zaoferowanym dotyczącym zakupu materiałów.

Zamawiający stał na stanowisku, że o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy można byłoby mówić, w sytuacji gdyby Zamawiający uznał wyjaśnienia i twierdzenia w pełni za zasadne. a dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzałaby, że oferta nie zawiera rażąco niskiej cenę w stosunku, do przedmiotu zamówienia, a stanowisko Zamawiającego byłoby oparte na dowodach zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa albo pochodzące od innego podmiotu gospodarczego, gdyż naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Kolejno Zamawiający podnosił, że z powodu niemożliwości oceny czy cena nie jest rażąco niska poprzez załączenie dowodów w formie ofert na materiały i towary, które nie mogły być uznane za poprawne przez Zamawiającego, z uwagi na ich ww. „ułomność". Stąd stanowisko Zamawiającego, że nie złożenie dowodów, które mogłyby stanowić podstawę do przyjęcia wyjaśnień w zakresie cen materiałów, było takie, że wyjaśnienia te stały się lakoniczne. Nieprzedstawienie kalkulacji ceny zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że złożenie lakonicznych oświadczeń o prawidłowości kalkulacji ceny może uniemożliwić pozytywną weryfikację wyjaśnienia, ale równocześnie nie musi potwierdzać oferowania realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. W takiej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę wyłącznie na podstawie art, 90 ust. 3 Pzp tj. bez powoływania się na art. 89 Pzp.

Zamawiający następnie podniósł, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazał jakim wyjaśnieniom nie dał wiary. Zaś w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia Zamawiający wskazał, że nie mam obowiązku podpowiadać wykonawcy dlaczego, zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco: niską. W ocenie Zamawiającego wynika to z faktu, że Odwołujący jest profesjonalistą, działa w formie spółki prawa handlowego, stąd dołączenie do wyjaśnień dokumentów nie mających waloru dowodów na poparcie braku

rażąco niskiej ceny, w zakresie ofert na materiały, a tym samym brak udowodnienia, że zaproponowana cena jest ceną rynkową stoi także w sprzeczności z jego gospodarczym. profesjonalizmem. Wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Zamawiający podnosił, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie może wskazywać Odwołującemu, na co miał on zwrócić uwagę poprzez kolejne wezwanie, w sytuacji gdy dowody w postaci ofert towaru i materiałów byty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz pochodziły od innego podmiotu gospodarczego oraz nie potwierdzały pewności ich pozyskania do realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku, a wręcz nie może zwracać się o kolejne wyjaśnienia w zakresie już złożonych wyjaśnień, gdyż naruszyłby art. 7 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Nie było sporne miedzy stronami, że zaoferowana przez Odwołującego cena (3 953 247,67 z ł brutto) jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (5 859 475,23 zł).

Wobec tego Zamawiający pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. skierował do Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający podał m. in., że: „ (...) w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa, kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3.5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U. z 2018, poz. 2177 z późn. zm.), lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił wyjaśnienia o następującej treści: „(.) wyjaśniam, że przedstawiona przez nas oferta uwzględnia ceny rynkowe i koszty prac zgodne z obowiązującymi przepisami w 2019 i 2020 r. W szczególności wyjaśniamy, że głównym czynnikami wpływającymi na cenę oferty są:

1. Korzystne warunki zakupu towaru na wykonanie zadania, uwzględniające indywidualną wycenę, rabaty oraz transport zamówionych produktów na teren budowy. Dowód: wycena z hurtowni Onninen sp. z o.o z siedzibą ul. Emaliowa 28, 02-295 Warszawa oraz z Przedsiębiorstwa Wielobranżowe Spec - bet M. P. z siedzibą w Makowcu k. Radomia, ul Radomska 13, 26-640 Skaryszew. Wyceny materiałów budowlanych stanowią Załącznik nr 1.

2. Posiadamy w zasobach własny pełnowartościowy materiał do wymiany gruntów tj. ok. 15 tys. ton piasku, pozyskany podczas realizacji zadnia pn. „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach drogi ekspresowej”, będąc oficjalnym podwykonawcą robót. Jedyne koszty związane z wymianą gruntu to koszt własnego transportu.

3. Posiadamy własny park maszynowy, dzięki któremu koszty związane z pracą maszyn są korzystniejsze niż w przypadku wynajmem sprzętu, który generuje dodatkowe koszty. Ponadto zastąpienie prac ręcznych w SIWZ wykonaniem ich przez wyspecjalizowane maszyny i elektronarzędzia typu koparki, zagęszczarki, zgrzewarki itp., mają wpływ na zmniejszenie kosztów robót. Wykaz maszyn stanowi Załącznik nr

2.

4. Posiadamy wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, z długoletnim stażem pracy, która zatrudniona jest na umowy o pracę, uwzględniając art. 2. ust. 3.5 Ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz. U. z 2018, poz. 2177 z poźn. zm.) Zakładana w kosztorysie roboczo godzina wynosi 16 zł netto + 50 % kosztów pośrednich co daje 24 zł netto. Dowód: Wykaz stanowisk pracowników oddelegowanych do wykonania zadania stanowiący Załącznik nr 3 oraz załączone do oferty kosztorysy.

5. Zaplecze budowy będzie mieściło się w posiadanym na własność przenośnym zapleczu administracyjno-biurowym oraz w siedzibie firmy. Odległość budowy od bazy technicznej firmy wynosi ok. 56 km. Prowadzenie budowy w tak bliskiej odległości od zaplecza finny, w znaczy sposób obniża koszty wykonania zadania. Ma to wpław na zmniejszenie kosztów zakupu paliwa, pozwala oszczędzić czas dojazdu pracowników

na miejsce pracy, co przekłada się na efektywność. Jednocześnie bliskość budowy generuje oszczędności w zakresie kosztów pracy pracowników, ponieważ nie ma potrzeby zapewnienia zakwaterowania i pracy w delegacji. Mapa dojazdu stanowi Załącznik nr 4.

W zawiązku z przedstawionymi dowodami oświadczam, że ARBUD Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą przy ul. Staroopatowskiej 24/52, 26-600 Radom, wykona przedmiot zamówienia w zaoferowanej w postępowaniu cenie". Wraz z pismem Odwołujący przekazał Zamawiającemu dowody w postaci załączników opisanych w treści niniejszego pisma.

Następnie pismem z dnia 10 stycznia 2020 r. „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty" zamawiający zawiadomił Odwołującego czynności odrzucenia jego oferty. W treści pisma Zamawiający podał, że: „Działając zgodnie z art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz.U z 2019r poz. 1843 ze zm.) Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu oferty Wykonawcy: ARBUD Spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Oferta Wykonawcy została odrzucona na mocy art. 90 ust.3 wymienionej ustawy".

Zaś w uzasadnienie prawnym i faktycznym Zamawiający podał, że: „Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt.3 Ustawy prawo Zamówień Publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 90 ust.3 cytowanej ustawy. W toku oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości związane z ceną oferty zaproponowaną przez ARBUD Spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom w wysokości 3.953.247,64 zł brutto. Oferowana cena odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia w terminie. Wyjaśnienia Wykonawcy nie zasługują na uwzględnienie. Wykonawca złożył wyjaśnienia, nie przedstawiając jednak wystarczających dowodów, z których wynikałoby iż realizacja przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną w złożonej ofercie jest możliwa, a zadanie byłoby zrealizowane z należytą starannością. W postępowaniu wyjaśniającym Wykonawca powinien udowodnić, nie budzące wątpliwości Zamawiającego wyjaśnienia że zaoferowane ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie. Wykonawca wezwany do złożenia

wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Zamawiający nie ma obowiązku podpowiadać w Wykonawcy dlaczego zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco niską. Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Wykonawca w wyjaśnieniu stwierdził „że „Posiadamy własny park maszynowy, dzięki któremu koszty związane z pracą maszyn są korzystniejsze niż w przypadku wynajmu sprzętu, który generuje dodatkowe koszty." . Stan parku maszynowego został zobrazowany w tabeli z danymi dotyczącymi ilości i nazwy maszyn oraz roku produkcji, co nie stanowi przestanki do uznania obniżenia ceny. Odległość od budowy i zaplecza administracyjno-biurowego w minimalnym stopniu może się przyczynić do obniżenia kosztów, ale nie w takim jak wskazuje cena oferty. W przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca wskazał ogólne koszty mające wpływ na ustalenie ceny oferty, a

zatem nie wykazał realności wskazanych kosztów. Reasumując, wykonawca nie uzasadnił zamawiającemu w sposób możliwy do zaakceptowania , że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i jego oferta podlega odrzuceniu".

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z 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.

Według przepisu art. 90 ust. 1a Pzp 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

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

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że 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.

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

Na wstępie rozważań Izby wskazać należy, że przedmiotem badania Izby była prawidłowość czynności Zamawiającego, podejmowanych w zakresie badania i oceny oferty Odwołującego, w kontekście występowania w niej ceny rażąco niskiej. Po wszechstronnym

zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu. W niniejszej sprawie omówienia Izby wymagają następujące kwestie.

Po pierwsze, z dokonanych powyżej ustaleń wynika, że nie było spornym, iż kwota zaoferowana przez Odwołującego była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W kontekście powyższego prawidłowo zachował się Zamawiający, który wystąpił do wykonawcy Arbud na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp o wyjaśnienia w celu ustalenia, czy zaoferowana przez tego wykonawcę ceną nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i gwarantuje jego prawidłowe wykonanie zgodnie ze specyfikacją. Nie mniej jednak we wskazanej kwestii istotnym jest treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Izba ustaliła, że wezwanie miało charakter blankietowy, powielający w zasadzie przepisy Pzp bez wskazania szczegółowych kwestii będących w obszarze zainteresowań Zamawiającego, który ograniczył się jedynie do ogólnego wskazania zagadnień, opisanych powyżej, które będzie brał pod uwagę oceniając złożone wyjaśnienia.

Na kanwie powyższego Izba uznała za konieczne odniesienie się do kwestii treści wystosowanego wezwania, bowiem bez wątpienia determinuje ono zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. Izba stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy tylko to jest możliwe, to wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości Zamawiającego, a które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia zakreślone przez Zamawiającego, które zostały przedstawione wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez Zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Izba wskazuje, że Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności, gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną. Podkreślenia wymaga, że w treści wystosowanego wezwania Zamawiający w zasadzie ograniczył się do stwierdzenia, że „zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości

zamówienia”. Zamawiający nie określił nawet przykładowo, jakie elementy ma na myśli, a jedynie wskazał, że elementy, które będzie brał pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, które w zasadzie stanowią powielenie w dużej części treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Wobec tego Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego zasadzającej się na tym, że w ramach prowadzonego postępowania mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a wykonawcy nie składali na etapie oceny ofert kosztorysu ofertowego, a zatem w tym zakresie zasadnym było wystosowanie wezwania w sposób ogólny w zakresie zaoferowanej ceny, bowiem Zamawiający nie zna wartości poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba wskazuje, że w takim przypadku Zamawiający mógł zobowiązać wykonawcę do przedstawienia kalkulacji ze szczególnym wyodrębnieniem kluczowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zwrócenia uwagi wymaga, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia na roboty budowlane z czym wiąże się posiadanie przez Zamawiającego tzw. „kosztorysu inwestorskiego”, który pokazuje poziom i strukturę kosztów. Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający był w stanie wyodrębnić najbardziej znaczące pod względem ceny grupy kosztów i w przypadku, gdyby był zainteresowany ich poziomem w ofercie Odwołującego mógł to wyraźnie wskazać w treści wezwania.

Wobec tego Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie sposób stwierdzić, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe czy lakoniczne, bowiem w treści wezwania Zamawiający nie określił stopnia ich szczegółowości i nie wskazał jakich

konkretnie informacji Zamawiający oczekuje w złożonych wyjaśnieniach. Zaznaczenia również wymaga, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie wskazał nawet, że oczekuje przedstawienia przez wykonawcę kalkulacji kosztów, nie mówiąc już o tym, że określił stopień jej szczegółowości. Zatem trudno uznać, że wykonawca mógł się domyślić, że Zamawiający takiej kalkulacji oczekuje i jak miałaby być ona szczegółowa. Nie mniej jednak podkreślenia wymaga, że Odwołujący wraz z wyjaśnieniami złożył kosztorys ofertowy, odrębnie dla każdej miejscowości, zawierający ceny jednostkowe w odniesieniu do każdej pozycji. W takiej sytuacji brak szczegółowego odniesienia się wykonawcy do kwestii nieobjętych pytaniami Zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż udzielone wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe. Skoro pytanie Zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty wykonawcy - tych elementów które mogą budzić wątpliwości Zamawiającego - i jest ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji niewskazanym jest stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie może zatem wyciągać wobec takiego wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (analogicznie wyrok z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1498/13).

Analizując treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego zwrócenia uwagi wymaga, że wykonawca Arbud wskazał w nich na, te elementy które w jego ocenie należy uznać za istotne z punktu widzenia zaoferowanej ceny, tj. korzystne warunki zakupu towaru, oszczędności z tytułu posiadanego w zasobach własnych pełnowartościowego materiału do wymiany gruntów w postaci ok. 15 tys. ton piasku, posiadany własny park maszynowy, dysponowanie wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, z długoletnim stażem pracy, bliskość siedziby Odwołującego względem zaplecza budowy. Celem wykazania ww. okoliczności wykonawca Arbud w formie załączników przedstawił dowody w postaci:

- indywidualnych ofert handlowych dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia ze strony wykonawcy Onninen oraz Zakładu Materiałów Budowlanych mgr inż. A. P.,

- kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnej w odrębnym ujęciu miejscowości Gałki oraz Wywóz,

- zestawienie posiadanego sprzętu na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia,

- szczegółowy wykaz pracowników oddelegowanych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że w kontekście treści wystosowanego wezwania nie sposób stwierdzić, że wykonawca Arbud nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i przedstawił wyjaśnienia niegodne z jego oczekiwaniami, a także takie, które pozwalają na odrzucenie jego oferty z powodu, tj. cyt. „W przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca wskazał ogólne koszty mające wpływ na ustalenie ceny oferty, a zatem nie wykazał realności wskazanych kosztów. Reasumując, wykonawca nie uzasadnił zamawiającemu w sposób możliwy do zaakceptowania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i jego oferta podlega odrzuceniu”.

Na kanwie powyższych rozważań Izba uznała za zasadne i konieczne odniesienie się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa pojawiającej się w argumentacji Zamawiającego, zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Izba wskazuję, iż nie było kwestionowane, iż Odwołujący nie objął klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” ani treści złożonej oferty ani też wyjaśnień wraz z dowodami, składanych na wezwanie Zamawiającego w odniesieniu do występowania w ofercie ceny rażąco niskiej. Powyższe zostało również potwierdzone przez Odwołującego w toku rozprawy przy braku sprzeciwu ze strony Zamawiającego. Nie było również sporne, że oferty handlowe nr: 202213657 i 202075640 zostały opatrzone przez wykonawcę Onninen zastrzeżeniem w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. W kontekście powyższego Zamawiający stwierdził, że ww. dowody nie mogły być przez niego uznane za prawidłowe i wystarczające w aspekcie badania oferty Odwołującego w zakresie występowania ceny rażąco niskiej z uwagi na fakt niedołączenia przez Odwołującego pisemnej zgody Sprzedawcy sporządzającego ofertę dla Odwołującego na udostępnianie i ujawnianie osobom trzecim oferty.

Izba uznaje ww. stanowisko Zamawiającego za błędne. Przede wszystkim wskazać należy, że z treści oświadczenia złożonego przez Odwołującego wynika, że nie podjął on żadnych kroków w celu zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji zawartych w ofertach handlowych pochodzących od wykonawcy Onninen. Wykonawca nie zawarł takiej informacji w składanych wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2020 r. Konsekwencją powyższego było to, że wykonawca Arbud wraz z wyjaśnieniami nie podjął żadnej próby

wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że tego rodzaju działań ze strony wykonawcy wymaga treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W kontekście powyższego nie budzącym żadnych wątpliwości jest, że już na etapie składanych wyjaśnień Odwołujący powinien ww. informacje opatrzyć klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" a także wykazać Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro wykonawca tego nie uczynił to Zmawiający zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp powinien ww. informacje uznać za jawne.

Izba prezentuje pogląd, że Zamawiający otrzymawszy ww. dowody ze strony Odwołującego powinien się z nimi zapoznać i poddać je szczegółowemu badaniu i ocenie. W tym zakresie kwestia potencjalnego zastrzeżenia jedynie przez firmę Onninen tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje irrelewantna. W kontekście powyższego Izba uznała za wadliwe stanowisko Zamawiającego, który w odniesieniu do treści ofert handlowych pochodzących ze strony firmy Onninen wskazywał, że nie mogą one podlegać badaniu i ocenie Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający także nie mógł w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy Arbud w uzasadnieniu pisma odwołać się do argumentacji w wykorzystaniem ich treści, bowiem znajduje się na nich informacja firmy Onninen zastrzegająca poufność ww. informacji. Wobec powyższego bez znaczenia dla rozpoznania sprawy pozostaje dowód złożony przez odwołującego w postaci pisma firmy Onninen, w który oświadczono, że ww. podmiot wyraża zgodę na wgląd do jego ofert sporządzonych dla Odwołującego na potrzeby tego postępowania.

Izba dokonała badania i analizy pisma zawierającego informację o odrzuceniu oferty Odwołującego i na jego podstawie stwierdziła, że z jego treści nie wynika, aby przeprowadzone badanie potwierdziło, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodzić się należy z Odwołującym, że treść ww. pisma jest bardzo ogólnikowa i brak jest w nim jakichkolwiek konkretów w aspekcie występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie tylko szczątkowo ale i mało konkretnie odniósł się do wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego. Jak wskazano powyżej niektóre okoliczności zupełnie pominął. Dostrzeżenia wymaga, że dopiero w toku rozprawy Zamawiający podał bardziej szczegółową argumentację w odniesieniu do kosztów zawartych w poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, przedstawionego przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, do którego w ogóle nie odniósł się w treści pisma o odrzuceniu jego oferty. Analogiczna sytuacja wystąpiła w przypadku ofert handlowych przedłożonych przez Odwołującego.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że o ile w przypadku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu ciężar dowodu, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa na wykonawcy to w przypadku czynności odrzucenia jego oferty obowiązek wykazania okoliczności związanych z tym, że oferta podlega odrzuceniu spoczywa na Zamawiającemu. Wobec tego zasadnym jest twierdzenie, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert szczegółowo i konkretnie wskazać i opisać wszystkie przyczyny na podstawie których uznał, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Na kanwie powyższych rozważań nie może ostać się stwierdzenie Zamawiającego, że „Zamawiający nie ma obowiązku podpowiadać w Wykonawcy dlaczego zadeklarowaną przez niego cenę uważa za rażąco niską". Wobec powyższego Izba stwierdziła, że rację ma Odwołujący, który wskazywał, że w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgłaszany w toku rozprawy poziom rozpiętości cen w zakresie poszczególnych pozycji pomiędzy szacunkami Zamawiającego a kwotami podanymi przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym złożonym przez wykonawcę Arbud wraz z wyjaśnieniami wskazać należy, że powyższa kwestia wymaga dalszego wyjaśnienia ze strony wykonawcy. Również inne zagadnienia, związane z wyjaśnieniami Odwołującego i złożonymi dowodami wymagają wyjaśnienia. Przykładowo zgłaszana przez Zamawiającego kwestia rozbieżności pomiędzy treścią wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w których w pkt 1 odwołał się do dowodu pochodzącego od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Spec-bet M. P. z siedzibą w Makowcu k. Radomia, ul Radomska 13, 26-640 Skaryszew podczas, gdy jako dowód została załączona wyceny materiałów budowlanych firmy Zakładu Materiałów

Budowalnych mgr. inż. A. P. . W związku z tym Izba uznała, że pełne zbadanie zagadnienia dotyczącego występowania w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej wymaga powtórnego

wezwania wykonawcy Arbud na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą wystosowanie powtórnego wezwania do wykonawcy, dotyczącego złożenia wyjaśnień jest dopuszczalne jeśli odnosi się i zawiera w zakresie pierwotnie składanych przez wykonawcę wyjaśnień lub dowodów, a nie stanowi dla wykonawcy drugą szansę na wyjaśnienie zagadnień do których powinien był się odnieść w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Uwzględniając stanowisko Izby wyrażone powyższej stwierdzić należy, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający powinien dokonać ponownego badania i oceny oferty Odwołującego połączonej z ponownym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wskazane przez Izbę naruszenia, które zostały opisane powyżej, miały wpływ na wynik postępowania dlatego też Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności opisanych w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.