

WYROK

z dnia 12 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2020 r. przez wykonawcę Road Systems J. N. s.c. z siedzibą w Skrzyszowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zakliczyn

przy udziale wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kroczbud K. i Buduj z siedzibą w Gorlicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 696/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Zakliczyn i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Road Systems J. N. s.c. z siedzibą w Skrzyszowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Gminy Zakliczyn na rzecz wykonawcy Road Systems J. N. s.c. z siedzibą w Skrzyszowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:.....

Zamawiający - Gmina Zakliczyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację - asfaltowanie dróg gminnych na terenie Gminy Zakliczyn - zadania realizowane częściowo w ramach funduszu soleckiego”.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z 2020 r. pod numerem 518860-N-2020.

Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2020 r. wezwał wykonawcę S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kroczbud Kroc i Buduj z siedzibą w Gorlicach do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ust.1 i 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą PZP, gdzie Wykonawca w odpowiedzi na pismo złożył wyjaśnienia z dnia 25 marca 2020 r., które zostały złożone u Zamawiającego Gminy Zakliczyn dnia 26 marca 2020 r.

Po przeprowadzeniu powyższych czynności Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przedmiotowego wykonawcy.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Road Systems J. N. s.c. z siedzibą w Skrzyszowie w dniu 31 marca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- a) Czynności wyboru wykonawcy S. K. Kroczbud Kroc i Buduj,
- b) Czynności badania i oceny oferty wykonawcy jak wyżej,
- c) Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. K. KROCZBUD Kroc i Buduj na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy PZP i na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt, 4 ustawy PZP, d) Zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty odwołania:

- a) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. K. Kroczbud Kroc i Buduj, pomimo, iż wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 marca 2020 roku na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy PZP o udzielenie wyjaśnień czy zaoferowana cena w ofercie z dnia 17 marca 2020 roku nie stanowi rażąco niskiej ceny udzielił pismem z dnia 25 marca 2020 roku lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia, które ³ powinny zostać potraktowane przez Zamawiającego jako brak udzielenia wyjaśnień i tym samym stanowić podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy PZP,
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy S. Kroczbud jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
- c) Z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. K., którego oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż wykonawca nie udowodnił realności zaoferowanej ceny.

Wskazując na powyższe wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) Unieważnił czynność wyboru oferty S. K. Kroczbud Kroc i Buduj,
- b) Odrzucił ofertę wykonawcy oferty S. K. Kroczbud Kroc i Buduj,
- c) W konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego, jako

najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie wnosił o zwrot kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa procesowego.

W swoim uzasadnieniu do odwołania w pierwszej kolejności wskazał, że wystosowanie przez Zamawiającego wezwanie o wyższenia do ceny w oparciu o art. 90 ust.1 ustawy PZP tworzy domniemanie, że zaoferowana przez wykonawcę cenę jest rażąco niska, które wykonawca jest obowiązany poprzez stosowne wyjaśnienia i dowody obalić i wzruszyć.

Zarzucił, że Wykonawca S. K. w swoich wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólnikowe, lakoniczne twierdzenia, które w żaden sposób nie wykazały sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca powołał się jedynie na okoliczności właściwe dla każdego wykonawcy w branży, a nie szczególne okoliczności właściwe tylko dla tego wykonawcy i uzasadniające obniżenie ceny.

Zauważył, że Wykonawca nie przedstawił kalkulacji ceny danych liczbowych dotyczących podstawowych elementów cenotwórczych tj. jak wycena materiałów, sprzętu, robocizny, nie przedstawił żadnych dowodów uprawdopodobniających realność

zaoferowanej ceny powołując się na dowód w postaci wyjaśnień wykonawcy z dnia 25 marca 4

2020 roku i wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienia z dnia 25 marca 2020 r.

Zdaniem Odwołującego - aktualna pozostaje interpretacja art. 90 ust. 3 ustawy PZP dokonana w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, że „Złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień.”.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia Wykonawcy, niekompletne co do sposobu kalkulacji ceny, elementów cenotwórczych, metod oszczędności wykonania, dowodów na uzasadnienie swoich twierdzeń powoduje, że oferta wykonawcy wymyka się spod kontroli Zamawiającego co do rzetelności wyceny, co uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy w oparciu o art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP.

Zarzucił, że z treści wyjaśnień, poza ogólnikowymi deklaracjami nie wynika, czy wykonawca ujął wszystkie koszty wykonania zamówienia, czy ceny za poszczególne składniki są rynkowe, a także czy przyjęta ilość roboczogodzin jest oszacowana co najmniej w kwocie wynagrodzenia minimalnego.

Według Odwołującego - wykonawca nie zaoferował żadnych danych liczbowych, żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Dodatkowo wskazał, że kosztorys inwestorski w tej sprawie wynosił 560.158, 54 złotych, zaś wykonawca S. K. zaoferował za wykonanie zadania 296.619,42 złotych, co powoduje że wyjaśnienia powinny być rzeczowe i fachowe, a nie ogólne i charakterystyczne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o to zadanie.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kroczbud Kroc i Buduj z siedzibą w Gorlicach, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc:

- 1) o jego oddalenie;
 - 2) o przeprowadzenie dowodów z akt sprawy oznaczonych znakiem: UM-111.271.ZP.2.2020, obejmujących dokumenty wymienione w odwołaniu na poparcie twierdzeń sformułowanych przez Zamawiającego;
 - 3) o dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony - Zamawiającego na okoliczność prawidłowości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym przypadku
- 5

złożonej przez przedsiębiorcę S. K. właściciela firmy Szczepan KroczeK KROCZBUD KroczeK i Buduj, ul. Słowacka 26, 38-300 Gorlice;

- 4) o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający stanął na stanowisku, że przedmiotowe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Według Zamawiającego - zarzuty odwołania w zakresie czynności podjętych w postępowaniu, jak i rzekomego zaniechania czynności są nieuprawnione.

Zwrócił uwagę, że dokonał on wyboru oferty firmy S. K. KROCZ-BUD KroczeK i Buduj w Gorlicach jako najkorzystniejszej, z zastosowaniem kryteriów opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Zwrócił uwagę, że oferta ta uzyskała łącznie 100 pkt (cena 60% + okres gwarancji jakości 40%); cena ofertowa opiewała na kwotę 296.619 42 zł brutto.

Zauważył, że dla porównania oferta złożona przez Odwołującego wynosiła brutto 317.999,64 zł, tj. 7% droższa od ceny Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, co wskazuje na brak istotnej różnicy wartościowej.

Przekonywał, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, czyli zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający oświadczył, że na podstawie dokonanej analizy i weryfikacji wyjaśnień odpowiadających treści wezwania, uznał ofertę Przystępującego za nie zawierającą rażąco niskiej ceny.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca w wyjaśnieniach szczegółowo opisał okoliczności powodujące bezpośredni i wymierny wpływ na niską, a równocześnie realną (zwłaszcza w warunkach lokalnych i ze względu na rodzaj inwestycji) cenę realizacji zamówienia, generowanie oszczędności wykonania, podkreślając na wstępie, że z powodu wirusa COVID-19, jest mniej zamówień publicznych i zleceń, w związku z tym firma chcąc utrzymać się na rynku przyjmuje niewielki zysk, co sprawia, że cena jest taka niska.

Zdaniem Zamawiającego - oferta Przystępującego jest zrównoważona pod względem gospodarczym i może zostać zrealizowana w należyty sposób, zgodnie z oczekiwaniami Gminy Zakliczyn i w ramach prowadzenia racjonalnej gospodarki finansami publicznymi.

Ponadto, zaznaczył, że najważniejszym elementem cenotwórczym robót drogowych - asfaltowych jest cena substancji ropopochodnych - cena paliwa wykorzystywanego do produkcji i układania mas bitumicznych oraz do transportu maszyn i materiałów przy robotach drogowych).

Wyjaśnił, że badanym stanie faktycznym i okolicznościach, w dobie kryzysu wywołanego przez pandemię Covid-19, mamy do czynienia z drastycznie niskimi cenami paliwa (spadek cen paliwa o 30-40%), co również wpływa na cenę ofertową, co nie zostało w ogóle uwzględnione przez Odwołującego.

Podniósł również, że Wykonawca wybrany przez Zamawiającego funkcjonuje od 19 września 2019 r., a takich przypadkach oferowane ceny przez nowych uczestników obrotu są zazwyczaj niższe.

Nadto, zauważył, że podawana przez wykonawców cena miała charakter ryczałtowy, a zatem nie jest ważna wewnętrzna struktura ceny.

Zamawiający uznał, że skoro wyjaśnienia miały charakter oświadczenia własnego wykonawcy, to stanowiły one dowód na okoliczność braku rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 25 marca 2020 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Przystępującego, złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z dnia 25 marca 2020 r. na to wezwanie Zamawiającego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 marca 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 20 kwietnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona na kwotę brutto 293 751,00 zł, która to wartość została podana w informacji z otwarcia ofert z dnia 17 marca 2020 r.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Godrom sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach z ceną brutto: 383 249,30 zł,
2. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy z ceną brutto : 384 973,08 zł,

3. S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kroczbud Kroc i Buduj z siedzibą w Gorlicach z ceną brutto : 296 619,42 zł,

4. Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle z ceną brutto : 338 895, 75 zł,

5. Odwołujący z ceną brutto : 317 999,64 zł.

W oparciu o powyższe dane liczbowe ustalono, że średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 344 347,44 zł.

Powyższe zestawienie i informacje cenowe wskazują, że cena oferty Przystępującego nie była niższa o 30 % od wartości przedmiotu zamówienia oraz od średniej arytmetycznej podanych wyżej cen złożonych ofert.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

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;

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.

Opierając się o powyższy materiał dowodowy zebrany w sprawie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego, a to z tego powodu, że nie zostały przekroczone wskazane wyżej progi ustawowe cen.

Podstawę dla Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę oferty Przystępującego mogła stanowić jedynie okoliczność zaoferowania przez tego wykonawcę ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, które wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wymaga przy tym wskazania, że jeżeli Zamawiający miał takie wątpliwości, o których mowa w przepisie art.90 ust.1 ustawy Pzp i skierował do Przystępującego wezwanie z dnia 25 marca 2020 r., to stał się podmiotem zobowiązanym do przyjęcia wyjaśnień i dowodów w

9

zakresie rażąco niskiej ceny, które powinien zbadać, a następnie ocenić i na ich podstawie dokonać czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej lub odrzucenia jego oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dalej, Izba ustaliła, że pismem z dnia 25 marca 2020 r. Przystępujący skierował do Zamawiającego informację dotyczącą wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny nie załączając do niej żadnych dowodów na potwierdzenie zawartych tam informacji.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, jednak treść tych wyjaśnień Przystępującego jest ogólna, lakoniczna i powierzchowna oraz nie poparta jakimikolwiek dowodami.

Przystępujący powołał się w cyt. piśmie, że nie ma żadnych kosztów pośrednich nie przedstawiając jednocześnie jakiejkolwiek kalkulacji kosztów, nawet ogólnych.

Dodatkowo, Przystępujący podniósł w omawianych wyjaśnieniach, że nie zatrudnia pracowników na okres zimowy, nie podając jednak za jaką stawkę zatrudnia te osoby.

Zdaniem Izby - okoliczność posiadania własnej rozkładarki mas bitumicznych Bomag oraz 3 walców, również nie daje obrazu jaki wpływ to dysponowanie ma na cenę oferty.

Nie jest również wiadome jakie znaczenie w przełożeniu na cenę mieszanek asfaltowo-mineralnych ma jego współpraca z Otoczarnią w Klęczanach - WMB ESBUD, jakie w związku z tym otrzymuje od tego podmiotu upusty kształtujące cenę.

Nadto, Przystępujący nie wykazał jaki wpływ na koszty ma bliskość siedziby oraz bazy materiałowo-sprzętowej Przystępującego w stosunku do miejsca wykonania roboty budowlanej i na czym polega oszczędność w przypadku pełnienia przez Przystępującego funkcji kierownika robót.

Poza tym, powoływanie się przez Przystępującego na posiadanie doświadczonej kadry może, co najwyżej generować wyższe koszty niż je obniżyć.

Natomiast, oświadczenie Przystępującego o zaproponowaniu minimalnych kosztów w celu uniknięcia likwidacji firmy może wskazywać na to, że cena oferty została ukształtowana w oderwaniu od rzeczywistych kosztów przedmiotowej inwestycji i jest podyktowana jedynie sytuacją ekonomiczną Przystępującego.

Ostatecznie, za ogólnikową należało uznać informację Przystępującego o tym, że w związku z tym, że Polska walczy z groźnym wirusem mniej jest zamówień, która to informacja nie daje żadnego obrazu kosztów Przystępującego w ramach tego zamówienia.

Co najbardziej istotne, to fakt, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji kosztów i zysku.

Powyższe zaś prowadzi do wniosku, że Przystępujący za taką cenę może nie wykonać przedmiotowego zamówienia lub może je wykonać nienależycie.

W związku z tym - według zapatrywania Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, co skutkuje koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Przystępujący nie przeprowadził skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby - Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez dowodów złożonych przez Przystępującego nie mogła potwierdzić, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe zapatrywanie Izby zostało oparte na jednolitej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Wobec powyższego, Izba uznała za nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy informację cenową Przystępującego z dnia 2 kwietnia 2020r. z Wytwórni Mas Bitumicznych, która nie została przedłożona w ramach postępowania

11

wyjaśniającego rażąco niską cenę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, dodatkowe pisemne stanowisko złożone przez Zamawiającego na rozprawie również - w ocenie Izby - nie ma bezpośredniego związku z kalkulacją cenową Przystępującego, lecz stanowi zobrazowanie doświadczeń Zamawiającego w branży budowlanej.

Natomiast wymaga wskazania, że w swoim wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

W związku z tym, Izba podziela również zapatrywania innych składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14 oraz wyrok z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17) przyjmujących, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty.

Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....