Sygn. akt: KIO 698/20

WYROK

z dnia 3 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2020 roku przez wykonawcę: J. A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Sprzętem Specjalistycznym J. A. z siedzibą w Jastrzębiej

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Jastrzębia z siedzibą w Jastrzębiej

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: J. A. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Sprzętem Specjalistycznym J. A. z siedzibą w Jastrzębiej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego J. A. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Sprzętem Specjalistycznym J. A. z siedzibą w Jastrzębiej tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Radomiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 698/20

UZASADNIENIE

Dnia 01 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz.

1843 ze zmianami) (dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca - J. A.

prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Sprzętem Specjalistycznym J. A. z siedzibą w Jastrzębiej, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie pn. „Budowa sieci wodociągowych na terenie Gminy Jastrzębia:

1. Budowa łącznika wodociągu Wolska Dąbrowa-Bartosy

2. Budowa sieci wodociągowej w miejscowości Jastrzębia - działki" prowadzi Zamawiający: Gmina Jastrzębia z siedzibą w Jastrzębiej. Ogłoszenie o zamówieniu

zamieszczono w BIP nr 511857-N-2020 w dniu 12.02.2020r.

Odwołaniem zaskarżono czynności Zamawiającego z dnia 26.03.2020r. (pismo doręczone Odwołującej za pośrednictwem Poczty Polskiej w dniu 27.03.2020r.) dotyczące:

1. odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1;

2. wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 36aa ust. 1 i 2 w zw. art. 41 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych (pkt. 18.2) stanowiło jedynie oczywistą omyłkę pisarską, która nie stanowi przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego, w sytuacji gdy z treści zarówno SIWZ, jak i ogłoszenia o zamówieniu, jednoznacznie wynika, że w postępowaniu nie przewidziano możliwości składania ofert częściowych i przy takim założeniu powinny być one rozpatrywane, zaś jeśli przyjąć, że doszło w tym zakresie do błędu Zamawiającego, to nie stanowi on oczywistej omyłki, gdyż nie jest on widoczny na pierwszy rzut oka i łatwy do dostrzeżenia, nadto okoliczność, czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia ofert częściowych czy nie, stanowi istotną informację zamówienia, mającą wpływ na treść składanych ofert oraz na podjęcie decyzji, czy dany podmiot weźmie udział w przetargu, a w takiej sytuacji mogłoby dojść do unieważnienia całego przetargu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

2. art. 93 ust. 2 w zw. z art. 93 ust. 1 w zw. z art. 36aa ust. 1 i 2 w zw. art. 41 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w części, w sytuacji gdy Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, a tym samym nie był uprawniony do unieważnienia postępowania w części, a jedynie w przypadku zaistnieniu ku temu przesłanek - w całości,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że w stosunku do oferty Odwołującej zaistniała przesłanka rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy:

a. Zamawiający wadliwie dokonywał ustaleń tej okoliczności nie w oparciu o cenę całkowitą oferty i wartość zamówienia (całego), lecz w oparciu o cenę jedynie części nr 1 oferty oraz w oparciu o wartość jedynie części nr 1 zamówienia, co było wadliwe, bowiem w zamówieniu nie przewidziano możliwości składania ofert częściowych,

b. Zamawiający jako kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie części nr 1 podał 147.750 zł brutto, a więc oferta Odwołującej na tę część w kwocie 145.000 zł stanowi 98,13 % przeznaczonych środków, więc nie jest rażąco zaniżona,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wezwania do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, bowiem wezwanie to było zbyt ogólnikowe i nie zawierało wskazania tych elementów oferty, które Zamawiającemu wydały się wątpliwe,

5. art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że Odwołująca nie złożyła wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy takowe wyjaśnienia zostały przez nią złożone pismem z dnia 12.03.2020r. doręczonym Zamawiającemu w dniu 13.03.2020r.,

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że w stosunku do oferty Odwołującej zaistniała przesłanka rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy cena wskazana w zakresie części I zamówienia jest ceną rynkową, skalkulowaną w oparciu m.in. o rzeczywiste koszty materiałów i robocizny, a przez co nie można uznać jej za rażąco zaniżoną,

7. art. 86 ust. 3 w zw. art. 86 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w złej wierze, a co polegało na ustaleniu kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie w części nr 1 w wysokości 147.750 zł brutto, a więc niższą o ok. 61,29 % od ceny z kosztorysu Zamawiającego na tę część

(381.744,41 zł brutto), a co za tym idzie - nie istniała możliwość wyłonienia wygranego tego przetargu, gdyż każda ze złożonych ofert byłaby odrzucona albo jako przewyższająca kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na tę część, albo jako rażąco zaniżona.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującej w zakresie części nr 1,

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2,

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części nr 1 zamówienia,

5. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującej,

6. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości z uwagi na zaistnienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podano, że w pkt. 18.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych: „18.2 Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych." Podobnie w ogłoszeniu o zamówieniu w pozycji „II.3) informacja o możliwości składania ofert częściowych" dotyczącej informacji o możliwości składania ofert częściowych pola zostały przez Zamawiającego niewypełnione, co również świadczy o braku możliwości składania ofert częściowych. Dodatkowym potwierdzeniem jest zdaniem Odwołującego wzór informacji o ogłoszeniu zamieszczony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Potwierdza to w ocenie Odwołującego, że cała pozycja II.3 ogłoszenia o zamówieniu nie została wypełniona przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp „W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia."

Zamawiający określił w SIWZ, że nie przewiduje ofert częściowych. W żadnym innym dokumencie w przetargu nie ma informacji, że ofertę można składać w odniesieniu tylko do jednej części zamówienia. Tym samym należy przyjąć, że Zamawiający jednoznacznie nie dopuścił do składania ofert częściowych.

Tymczasem w piśmie z dnia 26.03.2020r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że owa informacja o braku możliwości składania ofert częściowych stanowiła jedynie oczywistą omyłkę pisarską: „Natomiast informacja zawarta w punkcie 18.2 SIWZ, iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych stanowi oczywistą omyłkę pisarką i nie wypełnia przesłanek określonych w artykule 93 ustawy Prawo zamówień publicznych, dających podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego." Konsekwencją powyższego było rozstrzygnięcie przetargu w części nr 2 i wybór co do tej części najkorzystniejszej oferty, zaś co do części nr 1 odrzucono wszystkie oferty i unieważniono przetarg.

Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że zamówienie może być podzielone na części, tak jak w przypadku tego przetargu, ale nie jest to równoznaczne z możliwością złożenia ofert częściowych (np. tylko na jedną część). Są to bowiem dwie różne kwestie. Zamówienie może być bowiem podzielone, a jednocześnie Zamawiający ma prawo nie dopuścić do składania ofert częściowych. Z doktryny: „Należy pamiętać, że możliwości dopuszczania składania ofert częściowych oraz dzielenie zamówienia na części nie są ze sobą tożsame" (Olszewska-Stompel Justyna, Stompel Marek, Prawo zamówień publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów).

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że informacja o braku możliwości składania ofert częściowych stanowiła jedynie oczywistą omyłkę. Dotyczy ona bowiem kwestii merytorycznej oferty i w żadnym razie nie można przyjąć, że błąd ten jest oczywisty (jeśli przyjąć, że faktycznie doszło do popełnienia błędu). Wskazana kwestia ma przy tym bardzo istotne znacznie dla treści złożonej oferty oraz dla podjęcia decyzji, czy dany podmiot weźmie udział w przetargu.

Dla Odwołującego wskazana okoliczność ma takie znacznie, że składając ofertę wychodził z założenia, iż albo wygra przetarg co do obydwu części, albo w ogóle go nie wygra. Tak też kalkulowano ofertę, w tym uwzględniano ceny. Dla przykładu można wskazać, że cena jednostkowa danego materiału przy mniejszej ilości jest wyższa, niż kiedy zamawia się go więcej. Zatem gdyby Odwołująca miała wiedzę, że może wygrać zamówienie jedynie w części, to brałaby to pod uwagę ustalając oferowaną cenę. Mogłaby bowiem nie uzyskać tak dużego rabatu na materiały, niż gdyby wykonywała zamówienie w całości.

Ta okoliczność ma znaczenie również w kwestii oceny, czy zaproponowana przez nią cena była rażąco niska. W kontekście rażąco niskiej ceny Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w początkowej części stanowi wyłącznie o analizie ceny całkowitej oferty i wartości zamówienia (całego). Tymczasem Zamawiający w kwestii rażąco niskiej ceny w wezwaniu do udzielania wyjaśnień z dnia 11.03.2020r. oraz w piśmie z dnia 26.03.2020r. odnosił się do ceny części nr 1 zamówienia (145.000 zł brutto) i porównywał ją do ceny z kosztorysu w zakresie tylko tej części (381.744,41 zł brutto). Było to zdaniem Odwołującego błędne. W tym przypadku bowiem powinna być analizowana cała oferta, tj. na obydwie części łącznie oraz wartość zamówienia (całego). Istotne jest, że w zakresie części nr 2 zamówienia oferta Odwołującego w kwocie 110.000 zł brutto była niższa jedynie o ok. 10% od wartości zamówienia w zakresie części nr 2 w kwocie 122.336,21 zł brutto (99.460,34 zł netto - cena z kosztorysu inwestorskiego). Zatem łącznie rozpoznanie obydwu części zamówienia i analiza kwestii rażąco niskiej ceny w kontekście ceny całkowitej oferty mogłaby dać zupełnie inne wnioski, aniżeli taka analiza co do każdej z części osobno.

Ponadto Zamawiający dokonał wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w sposób wadliwy dlatego, że nie sprecyzował tych elementów oferty, które wydawały mu się wątpliwe. W doktrynie jednoznacznie przyjmuje się, że wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie powinno zawierać wskazanie tych elementów ceny lub kosztu, które 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. Wezwanie powinno być tym bardziej precyzyjne, jeśli Zamawiający dysponuje kosztorysem. Tymczasem wezwanie do złożenia w wyjaśnień Odwołującego było bardzo ogólnikowe i nie zawierało praktycznie żadnych informacji poza procentową różnicą ceny części zamówienia w stosunku do kosztorysu Zamawiającego oraz zacytowaniem przepisów prawa.

Zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów w sytuacji, gdy Zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości.

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 26.03.2020r. wadliwie również przyjął, że szereg Wykonawców, w tym Odwołujący, nie złożyło wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Stanowisko takie jest wadliwe, bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2020r. Odwołująca złożyła pismo z dnia 12.03.2020r. z takimi wyjaśnieniami doręczone Zamawiającemu w dniu 13.03.2020r., co potwierdza prezentata na piśmie Gminy Jastrzębia. W piśmie jednoznacznie wskazano nazwę przetargu, w treści wymieniono numer postępowania oraz odniosła się do kwestii rażąco niskiej ceny. Nie można więc przyjąć, że wyjaśnienia nie zostały przez Odwołującego złożone, dlatego też brak było podstaw do odrzucenia oferty z tej przyczyny.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że cena podana w ofercie w zakresie części 1 zamówienia (jak również całej oferty) jest ceną rynkową, skalkulowaną w oparciu m.in. o rzeczywiste koszty materiałów i robocizny, a przez co nie można uznać jej za rażąco zaniżoną. Co więcej, Zamawiający jako kwotę, którą zamierzała przeznaczyć na sfinansowanie części nr 1 podał 147.750 zł brutto, a więc oferta na tę część Odwołującej w wysokości 145.000 zł stanowi 98,13 % przeznaczonych środków w tym zakresie przez

Gminę Jastrzębia. Istotne przy tym, że zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa kwota

przeznaczonych środków powinna odpowiadać wartości zamówienia - komentarz do art. 86 i następnych ustawy Pzp Nowicki Józef Edmund, Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień

publicznych. Komentarz, wyd. IV Opublikowano: WKP 2019.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający prowadził postępowanie w złej wierze. Kwota, jaką bowiem zamierzał przeznaczyć na zamówienie w części nr 1 w wysokości 147.750 zł brutto jest niższa aż o ok. 61,29 % od ceny z kosztorysu Zamawiającego na tę część (381.744,41 zł brutto). Zatem praktycznie nie istniała możliwość wygrania przetargu przez jakiegokolwiek wykonawcę, gdyż każda oferta na tę część przewyższająca kwotę 147.750 zł przekraczałaby środki Zamawiającego, więc z tego względu zostałaby odrzucona, zaś kwota

równa lub niż od 147.750 zł byłaby uznana za rażąco zaniżoną i również doprowadziłoby to do odrzucenia oferty (jak w przypadku oferty Odwołującego).

Skoro Zamawiający wiedział, że wartość prac za część nr 1 wynosi 381.744,41 zł, to prowadzenie przez niego przetargu ze świadomością, że zamierza przeznaczyć na tę część jedynie kwoty 147.750 zł budzi poważne wątpliwości, jako że kwota ta stanowi rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP, przy założeniu, że odnosi się ją jedynie do części nr 1 zamówienia (na co przepis nie pozwala).

Jest też możliwe wyciągnięcie wniosku przeciwnego, tj. że pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu przez Zamawiającego (listopad 2019r.), a datą informacji dotyczącej złożonych ofert (6.03.2020r.), doszło do zmiany sytuacji rynkowej, które uzasadniała możliwość wykonania prac w zakresie części I za cenę 147.750 zł. W takiej jednak sytuacji nie może być mowy o odrzuceniu oferty Odwołującego w kwocie 145.000, a więc stanowiącej 98,13 % przeznaczonych środków przez Zamawiającego w tym zakresie.

Co do interesu prawnego Odwołującego w złożeniu odwołania wskazano, jest On wykonawcą uczestniczącym w przetargu. Gdyby nie odrzucenie oferty w zakresie części nr 1, cena przez niego zaoferowana była najniższą ze wszystkich ofert, zarówno co do części nr 1, jak i co do obydwu części zamówienia łącznie, zatem zamówienie mogłoby zostać jej udzielone. Druga najniższa oferta spośród wykonawców, to oferta na kwotę łącznie 285.360 zł brutto Usługowego Zakładu Hydraulicznego M. W. (174.660 zł + 108.900 zł). Oferta Odwołującego jest od niej niższa i wynosi 255.000 zł brutto (145.000 zł + 110.000 zł).

Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu, przez co mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Została ona wysłaniu mu w formie wiadomości e-mail oraz dodatkowo przesłana listem poleconym. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie części 1 zamówienia. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego w tej części pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, którego oferta mogłaby zająć pierwsze miejsce w rankingu pod względem kryteriów oceny ofert. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, ponieważ oferta Odwołującego nie była ofertą najkorzystniejszą zajęła kolejne miejsce w rankingu ofert, a Odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów odnoszących się do oferty wybranej i ofert poprzedzających w rankingu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Izba ustaliła, że z przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 11 marca 2020 roku Zamawiający w toku oceny ofert stwierdził, że cena oferty Odwołującej dla zadania nr 1 w wysokości 145 000,00 zł brutto jest o 62,02% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług. Na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym w zakresie

warunków wyliczenia ceny lub kosztów. Zamawiający przywołał treść art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wskazując jednocześnie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Podniesiono, że na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający będzie zobligowany do odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami wskaże, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień na dzień 13 marca 2020 roku.

Odwołujący złożył pismo - datowane na 12 marca 2020 roku, które wpłynęło do Urzędu w dniu 13 marca 2020 roku (data na prezentacie na piśmie).

W wyjaśnieniach J. A. wskazała, że cena oferty nie jest zaniżona. Różnica w odniesieniu do środków jakie Gmina zadeklarowała na wykonanie prac dla zadania nr 1 oraz w odniesieniu do średniej złożonych w tej części oferty, nie przekracza 30%. Do pisma nie dołączono żadnych dodatkowych materiałów.

W wyjaśnieniach napisano, że według informacji uzyskanych w Urzędzie, zakres prac dla części 1 i 2 zamówienia, jeśli jest rozpatrywany osobno, to wszystkie wyliczenia dotyczące ceny oferty też powinny być prowadzone osobno. Według otrzymanego wezwania wartość rażąco niskiej ceny jest wyliczana od wszystkich części przetargu, co jest niezgodne z Pzp.

Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem kwalifikacji dla rażąco niskiej ceny jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Jeżeli cena ustalona przez zamawiającego, a wartość posiadanych zadeklarowanych środków przekracza 30%, to stanowi to naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że stanowi wykroczenie zadeklarowanie posiadania mniejszych środków finansowych na zamówienie i żądanie referencji na wyższą kwotę.

Dodano, że zgodnie z opinią UZP w SIWZ powinna być zawarta informacja, że przetarg jest rozpatrywany w podziale na części. W SIWZ dla tego postępowania takiej informacji nie ma. Jest jednak informacja w pkt 18.2 - Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych. W wyniku informacji zawartych w SIWZ i uzyskanych w UZP, postępowanie winno być rozpatrywane w całości. W tym przypadku Odwołujący kompleksowo złożył najniższą ofertę na całość postępowania nie zaniżając o 30% wartości oferty w stosunku do średniej ofert i zadeklarowanych środków Inwestora.

Zamawiający odpowiadając na to pismo zaznaczył, iż nie jest zgodny z prawdą zarzut, iż wartość rażąco niskiej ceny jest przez Gminę wyliczana od wszystkich części przetargu. Wyraźnie w piśmie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, jest wskazane jakiej części zamówienia ono dotyczyło. Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego dla części nr 1 przetargu zawiera cenę rażąco niską, w rozumieniu ustawy Pzp.

Poprzez rażąco niską cenę w myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp należy rozumieć cenę całkowitą oferty, niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług ustaloną przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jednakże elementów tych nie należy traktować oddzielnie tj. jeżeli Wykonawca wypełnia którąkolwiek z przesłanek określonych w tym artykule, to Zamawiający jest zobowiązany wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wartość zamówienia zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane. Zatem w żadnym wypadku wartość zamówienia nie jest kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wartość kosztorysowa robót budowlanych dla części nr 1 przedmiotu zamówienia, zgodnie z kosztorysem znajdującym się w aktach sprawy wynosi 381.744,41 zł brutto.

Zgodnie treścią opracowania pn. „Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczące ustawy Prawo zamówień publicznych" (str. 76, wydanie 2015 rok) „(...) należy stwierdzić, iż ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, jest czym innym niż sporządzenie planu rzeczowo-finansowego".

Odpowiadając na kolejny zarzut Odwołującego, iż w przetargu nieograniczonym

Zamawiający, nie może żądać referencji na wyższą kwotę niż wartość jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, poinformowano, iż dla każdej części zamówienia Zamawiający ma prawo żądać referencji (dowodów) na wartość robót budowlanych, nie wyższą niż wartość szacunkowa zamówienia, ale wartość szacunkowa zamówienia, a kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to są dwa zupełnie odrębne zagadnienia. Zatem w ocenie Zamawiającego zarzut, że wartość kosztorysowa robót budowlanych dla części nr 1 przedmiotu zamówienia jest inna, niż kwota którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niezasadny.

Ostatni zarzut dotyczący braku informacji w SIWZ, że zamówienie podzielone jest na części oraz informacji w punkcie 18.2 SIWZ, iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych, w części pierwszej jest niezasadny, gdyż z całej SIWZ za wyjątkiem punktu 18.2 SIWZ wynika, iż zamówienie podzielone jest na części, w tym w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, a także wymagań w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Również w ogłoszeniu o zamówieniu, jednoznacznie zostało wskazane, iż zamówienie podzielone jest na części. Natomiast informacja zawarta w punkcie 18.2 SIWZ, iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych stanowi oczywistą omyłkę pisarską i nie wypełnia przesłanek określonych w artykule 93 ustawy Pzp, dających podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego.

Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w dniu 25 marca 2020 roku (z własnej inicjatywy, bez odrębnego wezwania). Podniesiono w nich, że w ogłoszeniu w BIP nie wypełniono części odnoszącej się do całkowitej wartości zamówienia, więc nie Wykonawca nie mógł sprawdzić, czy zaproponowana cena jest od tej wartości niższa. Ponadto na otwarciu ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie części pierwszej zamierza przeznaczyć 147 750,00 zł. To oznacza, że cena oferty 145 000 zł stanowi 98,13% środków Zamawiającego. Zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko, że cena jest zaniżona. Dodatkowo średnia arytmetyczna ofert wynosi 188 826,92 zł. A więc cena oferty stanowi 76,78% tej średniej. Nie jest zatem niższa o 30%. Z informacji z otwarcia ofert wynika, że łącznie kwota na sfinansowanie obu części zamówienia wynosi 305 350 zł brutto, a oferta Odwołującego na obie części wynosi 255 000 zł. Co stanowi 83,51% środków. Również w tym przypadku nie ma różnicy 30%.

W Zawiadomieniu o odrzuceniu ofert w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia, unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 1 zamówienia oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poinformował, iż na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucono wszystkie oferty, w tym ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym wskazano, że w dniu 11.03.2020r. na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W terminie określonym w wezwaniu Odwołujący nie złożył wyjaśnień.

Działając na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w części 1 „Budowa łącznika wodociągu Wolska Dąbrowa — Bartosy", zgodnie bowiem z treścią art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Zamawiający wskazał, że w części 1 odrzucono wszystkie oferty.

W zakresie części 2 „Budowa sieci wodociągowej w miejscowości Jastrzębia — działki" za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę nr 1 złożoną przez Wykonawcę P.P.U, WIMAR W. M. z siedzibą w Kobylniku z ceną ofertową: 100.407.59 zł brutto, okres gwarancji i rękojmi 84 miesiące. Odwołujący otrzymał łącznie 94,76 pkt (cena - 54,76 pkt; okres gwarancji i rękojmi - 40 pkt).

Z protokołu ZP wynika, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia dla zadania nr 1 na 310.361,31 zł (72.696,06 euro), dla zadania nr 2 na 99 460,34 zł (23.296,64 euro) na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Na otwarciu ofert podano, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 305 350,00 zł, w tym część 1 - 147 750,00 zł, dla części 2 - 157 600,00 zł.

Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił odpowiedź na

odwołanie.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż zawarcie w pkt. 18.2 SIWZ treści mówiącej o tym, że nie dopuszcza się składania ofert częściowych stanowiło oczywistą omyłkę pisarską, gdyż z pozostałej treści SIWZ, a także treści ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż Zamawiający podzielił zamówienie na części, w konsekwencji czego intencją Zamawiającego było umożliwienie złożenia ofert częściowych. Zamawiający przywołał elementy SIWZ oraz elementy ogłoszenia o zamówieniu, w których jest mowa o podziale zamówienia na części: opis przedmiotu zamówienia, terminy wykonania zamówienia, warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, elementy ogłoszenia: pkt II 4, pkt II.1.3., załącznik nr 1 - Informacje dotyczące ofert częściowych, tym odnoszące się do terminu realizacji i kryteriów oceny ofert, elementy formularza ofertowego i cenowego, gdzie określało się poszczególne dane dla każdego zadania oddzielnie.

Zaznaczono, że konstrukcja ogłoszenia o zamówieniu, które przygotowuje się za pomocą biuletynu zamówień publicznych znajdującego się na stronie internetowej należącej do Urzędu Zamówień Publicznych, również wskazuje iż doszło do oczywistej omyłki pisarskiej. Dział II.3 ogłoszenia o zamówieniu dotyczący składania ofert nie został wypełniony, jednakże brak jest w jego treści informacji iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych. Błąd systemu do sporządzania ogłoszeń o zamówieniu powoduje, że nie wyłapuje on faktu, iż dział II.3 nie został wypełniony przez Zamawiającego, w sytuacji gdy Zamawiający wypełnił załącznik nr 1 stanowiący część ogłoszenia o zamówieniu i będący informacją o ofertach częściowych.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż prawidłowo dokonał ustaleń okoliczności w zakresie rażąco niskiej ceny w wyniku czego, wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Środki, jakie Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia nie są i mogą zgodnie z obecnie obowiązującą ustawą nie być tożsame z wartością zamówienia, którą Zamawiający przyjął zgodnie z treścią ustawy na podstawie kosztorysu inwestorskiego i w odniesieniu do wartości zamówienia wskazanej w kosztorysie inwestorskim dokonywał czynności w zakresie badania rażąco niskiej dla każdej części zamówienia oddzielnie. Na marginesie zauważył, iż gdyby Zamawiający dokonywał badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do obu części przetargu łącznie, co zdaniem

Zamawiającego było by niezgodne z obecnie obowiązującymi przepisami, Wykonawca i tak zostałby wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż sumaryczna wartość zamówienia dla obu części podnosi całkowitą wartość zamówienia a suma ofert Wykonawcy dla obu części postepowania i tak jest niższa o więcej niż 30% od sumarycznej wartości zamówienia dla obu części przetargu.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień miało uzasadnienie prawne a zakres wezwania odpowiadał wymogom obowiązującej ustawy Pzp. Zamawiający nie żądał od Wykonawców w ramach postępowania przedłożenia kosztorysu ofertowego, a zgodnie z wzorcami umów stanowiącymi załączniki nr 7 i 8 do SIWZ, wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ma być wynagrodzeniem ryczałtowym, co nie jest bez znaczenia dla kwestii zakresu wezwania w przypadku badania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podtrzymał argumentację, iż pismo Odwołującego z dnia 13.03.2020 roku (data wpływu do Urzędu), które wpłynęło do Urzędu dnia 13.03.2020 roku nie stanowi w rozumieniu Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismo to było w ocenie Zamawiającego wskazaniem przez Wykonawcę wątpliwości co do prawidłowości zastosowania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający niezwłocznie udzielił odpowiedzi na wyżej wymienione pismo. Wykonawca po udzieleniu odpowiedzi przez Zamawiającego nie udzielił żadnej odpowiedzi, jak również nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze wskazane argumenty, Zamawiający stanowczo protestuje przeciwko stwierdzeniu Odwołującego, iż postępowanie prowadzi w złej wierze. Należy w tym miejscu zauważyć, iż jakkolwiek każdy Wykonawca ma prawo mieć uwagi do prowadzonego postępowania a obowiązkiem i jednocześnie dobrą praktyką jest udzielanie przez Zamawiającego wszystkim potencjalnym Wykonawcom niezbędnych wyjaśnień. Tak złożenie odwołania w zakresie całego postępowania przetargowego i tym samym uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy z Wykonawcą, który spełnił wszelkie wymogi i którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w zakresie części nr 2 (Wykonawca który złożył odwołanie zajął 5 lokatę w zakresie kryteriów oceny ofert) może dawać Zamawiającemu poczucie iż Wykonawca składający odwołanie działa w ziej wierze.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 36aa ust. 1 i 2 w zw. art. 41 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że wskazanie w SIWZ, iż Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych (pkt. 18.2) stanowiło jedynie oczywistą omyłkę pisarską, która nie stanowi przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego, zauważyć należy, iż w postępowaniach podprogowych elementy takie nie mogą być podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej.

Podobnie ocenić należy kwestionowanie przez Odwołującego czynności unieważnienia postępowania dla części 1 zamówienia.

Natomiast gdyby uznać, że zakwestionowano opis przedmiotu zamówienia i błędne określenie tego przedmiotu co do możliwości składania ofert częściowych, to takie zarzuty na etapie związanym z oceną ofert należałoby uznać za spóźnione.

Izba domniemywa, iż zarzut ten jest pochodną wskazywanych innych naruszeń w przypadku czynności nieprawidłowego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji braku tych wyjaśnień - odrzucenia oferty Odwołującego i w takiej konfiguracji zostanie on oceniony.

Izba wyraża stanowisko, że dokumenty postępowania dopuszczały składanie ofert częściowych, a określenie w punkcie 18.2 SIWZ, że nie dopuszcza się składania ofert częściowych można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim konstrukcja całego postępowania, przyjęty opis przedmiotu zamówienia z podziałem na dwa odrębne zadania, które należało wycenić jako odrębne pozycje w formularzu ofertowym. Dla każdego z zadań określono również kryteria oceny ofert i przedstawiono wymagania w zakresie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ustalono termin wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew stanowisku i twierdzeniom Odwołującego możliwy był wybór dwóch różnych ofert, niezależnie od siebie złożonych w każdym wydzielonym zadaniu. Także treść ogłoszenia o zamówieniu wypełniono niezależnie od siebie, z podziałem na dwa zadania załączniki ogłoszenia odnoszące się do ofert częściowych. Również szacunkowa wartość zamówienia ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski wskazywała na odrębność przedmiotu zamówienia w podziale na dwa zadania.

Odwołujący zdaje się mylić dwa pojęcia odrębnie funkcjonujące w systemie zamówień publicznych, mianowicie udzielenie zamówienia w częściach oraz możliwość składania ofert częściowych. Udzielanie zamówienia w częściach umożliwia zamawiającemu udzielnie rodzajowo tożsamego zamówienia w różnych postępowaniach, możliwych do przeprowadzenia w różnym czasie, ale z zachowaniem zasady łącznej wartości szacunkowej. Udzielenie zamówienia w częściach jest wyłącznie zależne od zamawiającego jako gospodarza postępowania, w szczególności od jego możliwości finansowych.

Udzielenie zamówienia w częściach nie wymaga uzasadnienia w protokole z postępowania, a jedynie wymagane jest odnotowanie tego faktu. Możliwe jest prowadzenie postępowania w częściach, gdzie dopuszczalny jest podział takiego zamówienia na części i dopuszczenie składania ofert częściowych. Możliwe jest również niedopuszczenie składania ofert częściowych w zamówieniu prowadzonym w częściach.

W przypadku zaś prowadzenia postępowania z możliwością składania ofert częściowych następuje podzielenie przedmiotu zamówienia na części w ramach jednego postępowania. Zamawiający samodzielnie dokonuje podziału przedmiotu zamówienia i określa w stosunku do ilu części można złożyć oferty.

W przedmiotowym postępowaniu nie mieliśmy do czynienia z prowadzeniem postępowania w częściach ale właśnie z dopuszczeniem przez Zamawiającego w jednym postępowaniu składania ofert w ramach dwóch wydzielonych części.

Z tych powodów zarzuty odwołania uznać należało za niezasadne.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uważa, że nie zasługiwał on na uwzględnienie. Zamawiający miał nie tylko prawo, ale obowiązek badać poprawność kalkulacji dla każdego zadania niezależnie, w zależności wartości ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia dla danego zadania. Przepis art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp jasno stanowi, że w przypadku 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 Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień do takiego wykonawcy.

Zamawiający oszacował wartość szacunkową zamówienia dla zadania nr 1 na kwotę 310.361,31 zł. Odwołujący złożył ofertę na kwotę 145 000,00 zł. W ocenie Izby Odwołujący prawidłowo wezwany został do złożenia wyjaśnień w zakresie tej części, na co wyraźnie wskazuje treść wezwania Zamawiającego. Odwołujący zatem winien był odnieść się w wyjaśnieniach do poprawności kalkulacji własnej oferty dla zadania nr 1.

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska. W treść złożonych wyjaśnień trudno w ogóle dopatrywać się jakichkolwiek elementów odnoszących się do kalkulacji ceny ofertowej. Złożonego pisma nie poparto żadnymi dowodami. Skład orzekający Izby uważa, iż złożone pismo stanowi de facto polemikę z zasadnością i prawidłowością sformułowania wezwania, nie złożono natomiast jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Odwołujący ograniczył swoje wyjaśnienia do lakonicznego twierdzenia, że cena jego oferty nie została zaniżona.

W wyjaśnieniach nie powoływano jakichkolwiek okoliczności charakterystyczne dla danego przedsiębiorcy, od lat funkcjonującego w określonej branży. Nie wykazano żadnych okoliczności specyficznych dla tego konkretnego wykonawcy, może poza faktem że inaczej kalkuluje się cenę przy zamówieniu o większej skali, składając ofertę na dwa zadania. Biorąc pod uwagę, że wszyscy wykonawcy złożyli w ten sposób oferty i będą zamawiali znaczne ilości materiałów, co zapewne pozwoli im wynegocjować znaczące upusty, większe niż przy zakupach detalicznych, jednostkowych, nie jest to okoliczność specyficzna odnosząca się tylko do Odwołującego.

Tylko z jednozdaniowego zapewnienia Wykonawcy Odwołującego wynika, że w cenie oferty ujęto wszystkie wymagane koszty, w tym robocizny, zakupu materiałów i zysk. Nie złożono również choćby kalkulacji uproszczonej, która dane te potwierdza.

Analizując treść wezwania, czy można nazwać je lakonicznym, niekonkretnym, Izba podkreśla, że w takim wypadku Odwołujący mógł zwrócić się do Zamawiającego o reasumpcję stanowiska, podając, że cena całkowita oferty nie przekraczała średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla danej części, że Zamawiający nie wskazał, jakie elementy ceny ofertowej budzą jego wątpliwości ale tego nie uczynił. Przedstawił natomiast lakoniczną polemikę z treścią wezwania, nie odnosząc się merytorycznie do zasadności kalkulacji ceny własnej oferty. Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający kierując do Wykonawcy wezwanie wskazał na część zamówienia, w której wymaga złożenia wyjaśnień, przywołał treść przepisu, wskazał także, na jakie elementy 9czynniki obiektywne lub subiektywne) Wykonawca powinien zwrócić uwagę, co uznać należy za wystarczające.

Skład orzekający Izby uważa, że Zamawiający słusznie w postępowaniu przyjął, że nie zostały mu złożone wyjaśnienia i odrzucił ofertę wykonawcy. Otrzymane od Odwołującego wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa została przedstawiona w sposób rzetelny, przynajmniej takiej tezy nie udowodnił Odwołujący. Wyjaśnienia te mają lakoniczną postać, nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia nie były wystarczająco precyzyjne, nie wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, nie zostały poparte dowodami, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach nie udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Reasumując, Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i złożonymi wyjaśnieniami nie udowodnił prawidłowości kalkulacji ceny oferty. W konsekwencji Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga także, że składanie wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego w odwołaniu, lub po wyznaczonym przez Zamawiającego i nie wydłużonym terminie uznać należy za spóźnione. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny działań i zaniechań Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, nie dokonuje natomiast badania i oceny ofert, także w zakresie poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Izba ocenia, czy Zamawiający miał obowiązek skierować do danego wykonawcy wezwanie o wyjaśnienia, czy dany wykonawca takie wyjaśnienia przedstawił i czy zostały one w sposób właściwy ocenione przez Zamawiającego. Izba nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie wyręcza Zamawiającego w badaniu i ocenie ofert.

Odnośnie do unieważnienia postępowania, to jeżeli w danej części zamówienia nie złożono żadnej oferty lub wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, to Zamawiający miał prawo, a nawet obowiązek daną część zamówienia, dane zadanie unieważnić.

Co do zarzutów naruszenia art. 86 ust. 3 w zw. art. 86 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego, to ponownie powtórzyć należy, iż w postępowaniach podprogowych nie mogą one stanowić samodzielnie zarzutu, nie są bowiem wymienione w katalogu czynności w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, od których przysługuje środek ochrony prawnej

Na marginesie tylko Izba odniesieni się do tych elementów odwołania. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że wartość szacunkowa zamówienia, o której stanowi art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jest czym innym niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ustalenie wartości szacunkowej związane jest z etapem czynności przygotowawczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta ma na celu przede wszystkim dokonanie wyboru co do właściwego sposobu postępowania przez zamawiającego w zakresie proceduralnym, tj. pozwala na określenie czy procedura objęta jest reżimem ustawy Pzp, czy też należy prowadzić ją w oparciu o regulacje krajowe czy też przekracza ona tzw. progi unijne. Z powyższym wiąże się bowiem kwestia właściwej publikacji ogłoszeń o zamówieniu, ustalenia odpowiednich dla procedury terminów oraz właściwych wymogów jakie winni spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia, obowiązkiem wyznaczenia wadium w odpowiedniej wysokości. Głownie zatem od prawidłowego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia zależy przeprowadzenie postępowania według właściwych zasad.

W tym przypadku Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na poziomie obligującym go do zastosowania tzw. procedury krajowej dla robót budowlanych wynikającej z przepisów ustawy Pzp.

Podnieść należy, iż wartość szacunkowa zamówienia odzwierciedla rynkową cenę przedmiotu, który jest objęty postępowaniem - stanowi wycenę przedmiotu zamówienia w odniesieniu do aktualnych cen rynkowych. Warto zauważyć iż wycena ta nierzadko różni się od cen ofert złożonych w postępowaniu. Sposoby wyceny wartości zamówienia wskazane są w art. 33 do 35 ustawy Pzp.

Z kolei kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą odmienną od jego wartości szacunkowej (nie są to kwoty tożsame). Można przyjąć wprawdzie generalną zasadę, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia ustalana jest w oparciu o ustaloną wartość szacunkową plus podatek VAT, ale zasada taka nie została narzucona przez ustawodawcę i nie wynika z przepisów, a jedynie jest dominującą praktyką na rynku. Co do zasady powinna być to kwota wynikająca z planu finansowego lub innego dokumentu obrazującego wysokość środków na realizację zamówienia.

Przy określaniu tej kwoty należy uwzględnić przede wszystkim rzeczywiste możliwości finansowe zamawiającego. Kwota ta stanowi deklarację zamawiającego w zakresie posiadanych przez niego w danym momencie środków finansowych i może się zmienić na dalszym etapie postępowania w wyniku zwiększenia przez zamawiającego wysokości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lipca 2010, KIO/UZP 1286/10). Według tej wartości podejmowana jest decyzja, czy postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający oszacował tę wartość dla zadania nr 1 na 310.361,31 zł (72.696,06 euro), dla zadania nr 2 na 99 460,34 zł (23.296,64 euro) na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Na otwarciu ofert podano, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 305 350,00 zł, w tym część 1 - 147 750,00 zł, dla części 2 - 157 600,00 zł i takie środki zabezpieczono w budżecie.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył w ten sposób przepisów obowiązującego prawa, albowiem możliwe jest zabezpieczenie w budżecie środków na poziomie nawet znacznie odbiegającym od kwoty jaką zamawiający ustalił, szacując wartość zamówienia. Izba w orzeczeniach niejednokrotnie podkreślała, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1132/15 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1566/18).

W orzecznictwie za ugruntowany należy uznać pogląd (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XIX Ga 131/08, wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 392/14, wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 646/14, wyrok KIO z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 823/14), który Izba uznaje za słuszny, iż to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i powyższe, jak i decyzja o podwyższeniu rzeczonej kwoty, mieści się w dyskrecjonalnej władzy zamawiającego, a kontrola gospodarowania środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania. Skoro bowiem Zamawiający ma obowiązek określenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i podania jej przed otwarciem ofert, to już ustalenie, że cena oferty przekracza tę kwotę stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wolą zamawiającego jest zwiększenie tej kwoty. Zamawiający nie ma więc obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnienia postępowania. Natomiast do naruszenia przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dochodzi dopiero w momencie zaciągnięcia zobowiązania przewyższającego środki zabezpieczone na ten cel.

Reasumując zatem, w ramach obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp dopuszczalna staje się sytuacja wszczęcia postępowania pomimo tego, iż wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ustawodawca bowiem celowo wprowadził wyraźne rozróżnienie tych kwot - ustalanych w różnych etapach czynności podejmowanych przez zamawiającego zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego.

Z tych powodów Izba uznała, że zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak

w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: