Sygn. akt: KIO 792/20

WYROK

z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hochtief Polska S.A., ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa oraz TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. Depowa 9B, 15-381 Białystok,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo

Budowlano-Instalacyjne STOK J. S. Sp. j., ul. Warszawska 39A, 05-400 Otwock oraz STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu nieudzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,

2. kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK

J. S. Sp. j., ul. Warszawska 39A, 05-400 Otwock oraz STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hochtief Polska S.A., ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa oraz TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. Depowa 9B, 15-381 Białystok, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK J. S. Sp. j., ul.

Warszawska 39A, 05-400 Otwock oraz STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hochtief Polska S.A., ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa oraz TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. Depowa 9B, 15-381 Białystok, kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu 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 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 792/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń (w ramach 3 zadań) w kompleksie wojskowym przy ul. Banacha 2 w Warszawie", numer referencyjny: 86/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2019 r., nr 2019/S 249-617383.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK J. S. Sp. j. oraz STEKOP S.A.

W dniu 14 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hochtief Polska S.A., ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa oraz TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., ul. Depowa 9B, 15-381 Białystok (dalej: „odwołujący"), w którym zarzucili oni zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3, art. 90 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK J. S. Sp. j i Stekop S.A., w sytuacji w której wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnej części składowej, powstałego na skutek wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z Rozdziałem III SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STOK w sytuacji, w której na skutek odrzucenia oferty w zakresie Zadania nr 1, oferta nie odpowiada zakresem przedmiotowi zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1.1. Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2020 r. wezwał Wykonawcę STOK, w trybie art. 90 ust. 1 PZP, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej za realizację Zadania nr 1. (...)

1.5. Na tym tle należy zauważyć, że wezwanie Zamawiającego dotyczyło ceny za realizację jednego z trzech zadań, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Jakkolwiek zadania te są ze sobą powiązane funkcjonalnie, a Zamawiający dokonał ich swoistego „zblokowania", wyłączając możliwość składania ofert częściowych, to jednak nie sposób przejść do porządku dziennego nad ich wyodrębnieniem. Wydzielenie poszczególnych zadań, oraz konieczność ich indywidualnej wyceny, wskazuje wyraźnie, że każde z zadań stanowi, jeżeli nie wręcz samodzielne zamówienie publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 13 PZP, to co najmniej „istotną część składową" całego zamówienia - również w aspekcie cenowym. Już sam ten fakt uprawnia Zamawiającego do wystosowania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 w odniesieniu do wyceny poszczególnych zadań.

1.6. W nawiązaniu do powyższego należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną okoliczność, odnoszącą się do poszczególnych zadań wyodrębnionych w ramach postępowania, która ma doniosły wpływ na postrzeganie wezwania wystosowanego w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Mowa tutaj o przewidywanym zawarciu przez Zamawiającego odrębnej umowy na realizację każdego z wyodrębnionych zadań.

1.7. Powyższe oznacza, że cena zaoferowana dla poszczególnych zadań, będzie ceną poszczególnych, niezależnych od siebie, relacji kontraktowych. Umowa na każde z trzech zadań może z kolei potoczyć się w inny sposób - w szczególności możliwe jest chociażby odstąpienie lub rozwiązanie poszczególnych umów, bez skutku dla umów regulujących pozostałe zadania i bez możliwości „przenoszenia" jakiejkolwiek części wynagrodzenia z pozostałych umów. Z tego punktu widzenia jak najbardziej zasadne jest, aby każda z trzech umów przewidywała wynagrodzenie adekwatne do przedmiotu zamówienia, umożliwiające należytą realizację zadania, bez względu na losy pozostałych umów.

1.8. W tym kontekście należy również postrzegać treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Stok w dniu 9 marca 2020 r., w których podnosi się, że: „całe postępowanie, a więc i oferta Konsorcjum obejmowała wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla Zadań 1-3. Zupełnie niezrozumiałe jest dla Konsorcjum wybiórcze rozpatrywanie oferty tylko w zakresie Zadania 1". Wyjaśnienia te nie tylko nie przedstawiają żadnych dowodów na prawidłowe przeprowadzenie wyceny Zadania 1, ale wręcz wprost wskazują, że kalkulacja ta została przeprowadzona w oparciu o błędne założenia - a dokładnie z założeniem o trwałym powiązaniu realizacji wszystkich zadań, co nie jest prawdą wobec przewidywanego zawarcia odrębnych umów na każde zadanie. (...)

1.11. Wreszcie wskazać należy, że w sytuacji w której w ocenie Wykonawcy STOK wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP było nieuzasadnione, właściwym trybem kontestowania tego stanu rzeczy nie jest polemika w treści wyjaśnień, lecz zaskarżenie czynności wezwania - z uwagi na to, że z wezwaniem takim wiążą się dla wykonawcy doniosłe skutki prawne. Skoro Wykonawca STOK nie zaskarżył wezwania z dnia 3 marca 2020 r., to niezależnie od subiektywnej oceny jego zasadności, zobowiązany był do złożenia wyjaśnień w odpowiednim standardzie. (...)

2.4. (...) W szczególności wskazać trzeba, że przedmiotem niniejszego odwołania nie jest ustalenie, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę STOK za Zadanie nr 1 jest rażąco niska, czy też nie. Przedmiotem niniejszego odwołania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy Wykonawca STOK przedstawił dowody, które pozwoliłyby na obalenie wspomnianego domniemania. (...)

3.2. Analiza treści złożonych wyjaśnień wskazuje, że zawierają one kolejno:

- polemikę z zasadnością wezwania,
- przyznanie, że cena była kalkulowana dla wszystkich zadań traktowanych łącznie, a nie w sposób indywidualny dla Zadania nr 1,
- ogólne zapewnienie o opłacalności,
- ogólnikowe wskazanie uwzględnionych pozycji kosztowych (bez ich wartości!),
- ogólne dywagacje o rzekomych przewagach rynkowych (bez wyjaśnienia jakie konkretnie rodzą oszczędności),
- zapewnienie o dostępie do materiałów „w ekonomicznych cenach",
- przypomnienie o wcześniejszym wykonaniu dwóch robót dla Zamawiającego.

3.3. Wyjaśnienia nie operują żadnymi wartościami liczbowymi, nie zawierają nawet śladu jakiejkolwiek kalkulacji, żadnej wyceny kwotowej. Rzekome oszczędności polegające na

pracy własnym personelem i braku finansowania zewnętrznego nie są skonfrontowane z sytuacją innych wykonawców, jak również nie są w żaden sposób wycenione.

3.4. Powyższe wyjaśnienia nie tylko nie spełniają wymogów konkretności, precyzji i szczegółowości (...). Wyjaśnienia nie zawierają nawet cienia dowodu, który jest w takich sytuacjach wymagany - w istocie stanowią nie tyle wyjaśnienia, poparte dowodami, co jedynie zapewnienie Wykonawcy STOK, że wszystko zostało skalkulowane w sposób właściwy.

3.5. W świetle powyższego, w aspekcie prawnym należy przyjąć, że Wykonawca STOK nie złożył wyjaśnień (w znaczeniu materialnym) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 marca 2020 r. (...)

3.11. Porównując obowiązujący standard składania wyjaśnień w zakresie ceny, treść wezwania z dnia 3 marca 2020 r. oraz odpowiedź udzieloną przez Wykonawcę STOK, nie sposób zrozumieć, w jaki sposób - w ocenie Zamawiającego - obalone zostało domniemanie rażąco niskiej ceny. (...)

4.1. Jak wskazano powyżej, w ocenie Odwołującego zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że Wykonawca STOK w istocie nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień - co w konsekwencji skutkować powinno odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3

PZP. Przed dokładnym uzasadnieniem powyższego wniosku. Odwołujący pragnie jednakże - z daleko posuniętej ostrożności - odnieść się do dwóch zagadnień.

4.2. Przede wszystkim wskazać należy, że pomimo braku wyrażonego wprost zakazu kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 PZP, w niniejszej sprawie nie istnieje możliwość, aby Zamawiający na skutek ponownej oceny wyjaśnień z 9 marca 2020 r. zwrócił się do Wykonawcy STOK o ich uzupełnienie czy doprecyzowanie. Możliwość powtórnego wystąpienia o wyjaśnienia dotyczy bowiem wyłącznie dyskusji, polemiki dotyczącej konkretnych argumentów podniesionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach - których po prostu nie było w wyjaśnieniach Wykonawcy STOK. (...)

4.3. Drugą kwestią, którą pragnie poruszyć Odwołujący jest relacja zakresu wezwania z dnia 3 marca 2020 r. (dotyczącego wyłącznie Zadania nr 1) do treści żądania - wyrażającego się w odrzuceniu całej oferty Wykonawcy STOK. W tym miejscu należy odwołać się do brzmienia Rozdziału III SIWZ - który wyklucza możliwość składania ofert częściowych. Tym samym, upadek oferty w zakresie Zadania nr 1, co do którego Wykonawca STOK nie obalił domniemania wynikającego z art. 90 ust. 1 i 2 PZP powoduje automatycznie niezgodność zakresową oferty z SIWZ - a tym samym powoduje konieczność odrzucenia całej oferty.

4.4. Nawet gdyby przyjąć, że art. 90 ust. 3 stanowi podstawę do odrzucenia oferty wyłącznie w zakresie Zadania nr 1, to w pozostałym zakresie oferta Wykonawcy STOK powinna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - jako nie obejmująca wszystkich zadań, a więc niezgodna z Rozdziałem III SIWZ. (...)

4.8. W świetle powyższego nie sposób dojść do innej konkluzji niż ta, że Wykonawca STOK nie złożył wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 PZP. W takim przypadku odrzucenie oferty jest z kolei obligatoryjne. Obowiązek ten istnieje przy tym niezależnie od tego, czy Wykonawca STOK byłby w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny w zakresie Zadania nr 1 - wszelkie dywagacje i dowody w tym zakresie, mając na uwadze treść odpowiedzi udzielonej 9 marca 2020 r., są spóźnione i nie mają żadnego wpływu na rozstrzygnięcie niniejszego odwołania."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności oceny ofert,

2) odrzucenia oferty wykonawcy STOK w całości,

3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK J. S. Sp. j., ul. Warszawska 39A, 05-400 Otwock oraz STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa (dalej: „przystępujący"), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości. Pismem z tego samego dnia

przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadań:

Zadanie I - Przebudowa budynku sztabowego nr 1 w kompleksie wojskowym przy ul. Banacha 2 w Warszawie,

Zadanie II - Budowa instalacji teletechnicznych, IT, SSP z robotami towarzyszącymi w budynku sztabowym nr 1 w kompleksie wojskowym przy ul. Banacha 2 w Warszawie,
Zadanie III - Renowacja elewacji budynku sztabowego nr 1 wraz z zagospodarowaniem w kompleksie wojskowym przy ul. Banacha 2 w Warszawie.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z wyodrębnieniem trzech zadań, niemniej jednak nie dopuścił składania ofert częściowych, zatem każda z ofert była składana na całość zamówienia. W formularzu oferty należało podać łączną cenę za trzy zadania, jak też odrębne ceny za każde z zadań. Jednocześnie zamawiający przewidział zawarcie trzech odrębnych umów, po jednej na każde zadanie. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 34.161.321,49 zł netto, co stanowi 42.018.425,40 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 47.121.564,30 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 38.580.001,67 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego za całość zamówienia jest niższa o ok. 8% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 18% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Jednocześnie cena oferty przystępującego za Zadanie I wynosiła 20.076.000,69 zł brutto, co stanowiło ok. 52% ceny jego oferty za całość zamówienia. Cena za Zadanie I w ofercie przystępującego jest ponadto o ok. 29% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert w zakresie tego zadania.

Pismem z dnia 3 marca 2020 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie w zakresie Zadania I „wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jak również wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ, załącznikami do SIWZ i wyjaśnieniami do SIWZ. (...) Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji, dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczania przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej oraz kalkulacji ceny.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć (podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy):

1. wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z kalkulacją kosztów,

2. oświadczenie, że w przypadku wyboru oferty Państwa konsorcjum jako najkorzystniejszej wykonacie Państwo zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia ujęty w SIWZ, załącznikach do SIWZ, w ramach zaproponowanej w ofercie ceny”.

W odpowiedzi na powyższe pismo, przystępujący udzielił wyjaśnień, w których w pierwszej kolejności przytoczył treść art. 90 ust. 1a ustawy Pzp i zauważył, że przepis ten odnosi się do 30% różnicy, zaś w zakresie Zadania I cena jego oferty jest niższa od średniej arytmetycznej cen ofert o 29,51%, zatem niezrozumiałe jest dla niego „wybiórcze

rozpatrywanie oferty tylko w zakresie Zadania 1". Przystępujący ponadto wskazał: „Składniki cenotwórcze tj. stawki robocizny kosztorysowej, ceny pracy sprzętu oraz wskaźniki narzutów dla poszczególnych branż:

- budowlanej,
- sanitarnej,
- elektrycznej,
- teletechnicznej,

przyjęto jako średnie dla województwa mazowieckiego z zeszytu IRS SEKOCENBUD,

I kwartał 2020r. Z uwagi na wzrost cen środków produkcji przyjęto współczynnik zwiększający do „R" i „S" w wysokości od 8,5% do 10% w zależności od branży. Oferty na dostawę materiałów, sprzętu i urządzeń do wbudowania również powiększono w kalkulacji ceny o 10% do 15% w zależności od branży. Dodatkowo kalkulacja kosztów robocizny została sporządzona na podstawie zakresu prac ujętego w przedmiarach robót, przy uwzględnieniu kosztów wykonania opinii, instrukcji, dokumentacji powykonawczej oraz pozostałych opracowań dokumentacyjnych niezbędnych do odbioru oraz przekazania do użytkowania przedmiotu umowy.

Konsorcjum zadanie inwestycyjne realizować będzie ze środków własnych bez konieczności korzystania kredytów co również obniża koszty prowadzonej przez nas działalności. Spółki wchodzące w skład konsorcjum realizują inwestycje w Warszawie oraz w jej okolicach, a co za tym idzie każda z nich posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji na tym rynku. W ostatnich trzech latach Konsorcjum realizowało dla Zamawiającego dwa obiekty (w Jednostce Wojskowej w Przasnyszu oraz Centralna Bibliotekę Wojskową) wykonując zbliżony do przedmiotowego zadania zakres robót - były to remonty i modernizacje obiektów. Dzięki temu Konsorcjum na przestrzeni kilku lat wypracowało oszczędnościowe metody realizacji usługi m.in. w zakresie właściwego doboru pracowników z okolic Warszawy, co znacznie zmniejsza koszty. Ponadto, Konsorcjum dysponuje odpowiednim własnym sprzętem co także realnie zmniejsza koszty zwłaszcza z uwagi przedmiot zamówienia. Na uwagę zasługuje także fakt, iż Konsorcjum mając wiedzę o lokalnym rynku dysponuje szeroką bazą sprawdzonych partnerów, zapewniających materiały dobrej jakości w ekonomicznych cenach. Dzięki temu, wartość materiałów została oszacowana na podstawie szczegółowych ofert i z uwzględnieniem cen rynkowych oraz specjalnych rabatów kontraktowych udzielonych przez sprawdzonych dostawców.

Przewidywany zakres robót realizowany będzie głównie siłami własnymi konsorcjum. Obaj konsorcjanci prowadzą działalność korzystając niemal wyłącznie z własnych pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Należy także zauważyć, że cena oferty uwzględnia także obowiązującą wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalonego ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.). Obie spółki wchodzące w skład konsorcjum wykonują samodzielnie roboty budowlane, sanitarne, elektryczne i teletechniczne korzystając z zatrudnionych pracowników, co w zasadzie wyklucza zatrudnianie podwykonawców, a więc istotnie zmniejsza koszt realizacji.

Mając powyższe na uwadze potwierdzamy, że zaproponowana w ofercie cena zarówno na wykonanie zadania 1 jak i dwóch zadań pozostałych jest realna i zapewnia osiągnięcie zysku na poziomie 10% do 15% w zależności od branży; oświadczamy też, że w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej wykonamy zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia ujęty w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ w ramach zaproponowanej ceny w ofercie".

Do ww. wyjaśnień przystępujący nie załączył kalkulacji cenowej ani innych dowodów.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek

ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, należy przede wszystkim przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 90 ust. 1 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, byłoby obligatoryjne. Całkowita cena oferty przystępującego nie jest bowiem o co najmniej 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Powyższe nie oznacza jednak, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający może to zrobić zawsze, gdy cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Takie też działania zamawiający podjął w niniejszym postępowaniu w zakresie istotnej ceny składowej oferty przystępującego, jaką jest cena za zadanie I.

Należy jednocześnie zauważyć, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie zadania I zostało do przystępującego skierowane w dniu 03.03.2020 r. Tym samym termin

na kwestionowanie zasadności tego wezwania poprzez wniesienie odwołania upłynął przystępującemu w dniu 13.03.2020 r. Oznacza to, że argumentację co do bezpodstawności ww. wezwania należy obecnie uznać za spóźnioną.

Odrębną kwestią jest to, że w treści wezwania zamawiający powołał się na art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, który to przepis dotyczy sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od ww. wskaźników. Przepis ten zatem nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Należy jednak zauważyć, że art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Tym samym różnica między art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a ustawy Pzp sprowadza się do wskazania okoliczności, w których zamawiający może i w których musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty, natomiast nie wpływa w żadnym stopniu na zakres tego wezwania, czy na obowiązek udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę. Oznacza to, że niewątpliwy błąd zamawiającego w zakresie wskazania podstawy prawnej wezwania nie wpływa w tym przypadku ani na to, o co mógł wezwać zamawiający, ani na fakt, że przystępujący był zobowiązany (skoro nie zaskarżył samego wezwania) udzielić stosownych wyjaśnień, zaś zamawiający był zobowiązany je ocenić i podjąć działania adekwatne do wyniku tej oceny. Innymi słowy: wskazanie błędnej podstawy prawnej w postaci art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie ma w tym wypadku znaczenia dla zakresu wezwania i dla obowiązków wykonawcy i zamawiającego, dlatego też nie może stanowić uzasadnienia dla faktu udzielenia przez przystępującego wyjaśnień o określonej treści.

Kolejną kwestią wymagającą rozpoznania jest kwestia szczegółowości wezwania skierowanego do przystępującego. Izba zgadza się z przystępującym, że zamawiający co do zasady nie sprecyzował treści wezwania poprzez np. wskazanie swoich wątpliwości lub wskazanie zakresu informacji, które są mu niezbędne do ich rozwiania. Z jednym wszakże wyjątkiem: zamawiający wprost wskazał, że żąda przedstawienia kalkulacji cenowej dotyczącej zadania I (słowa: „oraz kalkulacji ceny" zostały przez zamawiającego nawet podkreślone na str. 2 wezwania). O ile zatem przystępujący mógł nie udzielić szczegółowych wyjaśnień z powodu lakonicznego wezwania do ich złożenia w pozostałym zakresie (poza kalkulacją cenową), o tyle w zakresie samego wezwania do złożenia kalkulacji ceny wezwanie było jednoznaczne i taka kalkulacja powinna zostać przedstawiona. Tymczasem przystępujący żadnej kalkulacji nie złożył.

W tym miejscu należy stwierdzić, że niezasadne są argumenty przystępującego, zgodnie z którymi niemożliwe było sporządzenie kalkulacji ceny dla zadania I. Po pierwsze, mimo że prace objęte trzema zadaniami są ze sobą powiązane, to jednak zamawiający wyodrębnił i skonkretyzował zakres robót dla każdego zadania. Zatem przynajmniej w zakresie tych robót z zadania I, które nie łączą się z robotami z zadania II i III (jest to większość robót w zadaniu I), możliwe było przedstawienie kalkulacji cenowej. Po drugie, w zakresie robót, które są wspólne dla wszystkich zadań, co powoduje, że określone prace mogą być wykonywane przez tych samych pracowników w tym samym czasie, przystępujący mógł przedstawić choćby przybliżoną kalkulację dla zadania I wraz z uzasadnieniem wskazującym na to, o które konkretnie prace chodzi, na czym polega ich powiązanie nie pozwalające szczegółowo rozbić ceny na zadania i z których postanowień siwz to powiązanie wynika albo też mógł np. poinformować zamawiającego, że prace takie zostały wycenione w ramach zadania II lub III. Z pewnością takie przedstawienie sprawy byłoby lepsze niż nieprzedstawienie kalkulacji cenowej w ogóle. Przede wszystkim takie przykładowe wyjaśnienia pozwoliłyby zamawiającemu przynajmniej upewnić się, że określone prace w ogóle zostały uwzględnione i pozwoliłyby ewentualnie w ponownym wezwaniu dopytać przystępującego o dalsze szczegóły. Zwłaszcza, że większość prac jest jednak wyraźnie rozdzielona i problem dotyczy ewentualnej mniejszości, co tym bardziej nie uzasadnia braku złożenia jakiejkolwiek kalkulacji w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że skoro przystępujący w odpowiedzi na jednoznaczne wezwanie do złożenia kalkulacji cenowej zadania I, kalkulacji takiej nie złożył, to spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nieudzielenie wyjaśnień. Nieudzielenie wyjaśnień dotyczy wprawdzie zadania I, ale wobec faktu, że zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, należy stwierdzić, że wszystkie zadania składają się na jedno zamówienie i oferta przystępującego podlega odrzuceniu w całości.

Odnosząc się do wniosku przystępującego o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w razie uwzględnienia odwołania, należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. W niniejszej sprawie żadna z ww. sytuacji nie zachodzi. Jak wskazano wyżej, w zakresie żądania kalkulacji ceny za zadanie I, wezwanie zamawiającego było jednoznaczne, natomiast przystępujący żadnej kalkulacji nie przedstawił. Tym samym, ponowienie prośby o jej złożenie, stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione w tym wypadku „danie wykonawcy drugiej szansy".

Niezasadne jest przy tym powoływanie się przez przystępującego na wyrok KIO 410/20, ponieważ w stanie faktycznym tamtej sprawy wykonawca złożył zamawiającemu określone wyjaśnienia (zestawienie materiałów podstawowych, koszty robocizny, wykaz kierowników robót skierowanych do realizacji zamówienia, „pozostałe koszty"), które w ocenie Izby były niewystarczające, ale stanowiły podstawę do tego, aby ponownie wezwać wykonawcę do przedstawienia bardziej szczegółowych informacji, dlatego też Izba w sprawie KIO 410/20 nakazała zamawiającemu powtórzenie wezwania. W niniejszej sprawie natomiast przystępujący do ogólnikowych wyjaśnień nie dołączył nawet żądanej wprost przez zamawiającego kalkulacji cenowej, co oznacza, że nie ma żadnej podstawy, która pozwalałaby na powtórzenie czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, gdyż w żądanym zakresie przystępujący nie złożył wyjaśnień w ogóle. Dlatego też Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego i nakazała odrzucenie jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że podnoszona przez przystępującego kwestia zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień pozostaje poza przedmiotem niniejszej sprawy.

Izba stwierdziła także, że podniesiona w odwołaniu kwestia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje bezprzedmiotowa wobec uznania przez Izbę, że oferta podlega odrzuceniu w całości, nie zaś jedynie w zakresie zadania I.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że potwierdził się zarzut dotyczący niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....