Sygn. akt:KIO 408/21

.....

WYROK

z dnia 9 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Węgrzcach, Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwa Zakład Remontowo-Budowlany M.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie**,

przy udziale **A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.Kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Termomodernizacja budynków nr 19 i 21 KWP w Krakowie przy ul. Mogilskiej 109 w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji".* Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 grudnia 2020 r. pod numerem 755650-N-2020

W dniu 8 lutego 2021 r. Konsorcjum: MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany M. wniosło odwołanie wobec odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewskazanie okoliczności lub faktów, które mogą potwierdzić, że wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej ceny były uzasadnione;

2)art.90 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego materiałów, w następstwie skierowanego do niego wezwania z 30 grudnia 2020 r.;

3)art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewskazanie okoliczności lub faktów, które mogą potwierdzić, że „wątpliwości" do wezwania jedynie Odwołującego były uzasadnione i zaniechania wezwania do wyjaśnienia ceny ofertowej trzech innych wykonawców, mimo że ich ceny ofertowe są wyższe od ceny Odwołującego zaledwie o 2,3%-6,5%;

4)art.89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako niezgodna z ustawą;

5)art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako niezgodną z treścią z SIWZ;

6)art.89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

7)art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty innego wykonawcy, która w świetle przyjętych kryteriów wyboru nie powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że 30 grudnia 2020 r. Zamawiający skierował do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający nie wezwał do takich wyjaśnień żadnego innego wykonawcy, w sytuacji gdy:

- żadna z cen złożonych ofert nie były niższa od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, o więcej niż 30%;
- żadna z cen sześciu złożonych ofert nie byty niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%;
- ceny trzech kolejnych ofert (oferta Odwołującego była najniższa), są wyższe od ceny Odwołującego o odpowiednio: 2,3%, 3%, 6,5%.

Odwołujący wskazał na wątpliwości co do tego, dlaczego tylko jego cena wzbudziła wątpliwości Zamawiającego i jakimi zasadami się kierował podejmując decyzję w przedmiocie wezwania do wyjaśnień tylko jednego wykonawcy, biorąc pod uwagę przepis art. 7 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w treści wezwania Zamawiający zacytował jedynie przepis art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, wskazał na obowiązek złożenia wyjaśnień oraz załączenia dowodów dotyczących elementów ceny oraz okoliczności faktycznych pozwalających na zaoferowanie nisko wycenionych składników ceny, przy czym Zamawiający nie próbował nawet sprecyzować, o jakie elementy chodzi. Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, gdy rzetelnie skalkulował swoją cenę, nie byt w stanie zidentyfikować pozycji, które – w rozumieniu Zamawiającego – są nisko wycenione. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak należytej staranności, podnosząc, że to po jego stronie spoczywa obowiązek sprecyzowania zakresy wymaganych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że cena ofertowa – zgodnie z rozdz. XXI pkt 6 SIWZ – została wskazana jako cena ryczałtowa. Podał, że zgodnie z rozdz. XXI pkt 4 SIWZ, podstawę do obliczenia ceny oferty stanowią: dokumentacja projektowa – załącznik nr 11 do SIWZ oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 12 do SIWZ. W odniesieniu do przedmiarów robót (załącznik nr 13 do SIWZ) Zamawiający stwierdził, że służą tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej, jako że podane w nich ilości są orientacyjne i pomocnicze.

Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, do których załączył kosztorys, zestawienie materiałów oraz zestawienie podstawowego sprzętu.

Odwołujący podniósł, że w informacji z 3 lutego 2021 r. o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał jako podstawę faktyczną swojej decyzji otrzymanie 26 stycznia 2021 r. informacji złożonej na podstawie art. 181 ust, 1 ustawy Pzp, o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego złożenie takiej informacji zostało dokonane z naruszenie prawa i nie mogło być podstawą decyzji Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp informacja taka może dotyczyć czynności lub zaniechania, na które nie przysługuje odwołanie, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że złożenie informacji w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nie mogło wywołać skutków prawnych.

Dalej Odwołujący podniósł, że w sytuacji, w której Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty szczegółowo przytoczył zarzuty z otrzymanej informacji, należy uznać, że przyjął je za własne i na ich podstawie podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako niezgodną z SIWZ, wskazując w uzasadnieniu, że pozycje kosztorysowe nie są sporządzone zgodnie z zapisami SIWZ.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podniósł, że w SIWZ wskazano pewne ogólne wymagania, ale dotyczące kosztorysu, jaki zobowiązany będzie złożyć wybrany wykonawca przed zawarciem umowy (Rozdz. XXIV pkt 3 SIWZ). Odwołanie i wiązane z tym zarzuty dotyczą kosztorysu załączonego przez Odwołującego do wyjaśnień złożonych w trybie art.90 ust. 1 ustawy, dotyczących ceny rażąco niskiej.

Odwołujący oświadczył, że zgodne ze stanem faktycznym jest stwierdzenie, że przedłożony z wyjaśnieniami kosztorys szczegółowy opiewa na wartość 2.444.000,00 PLN natomiast cena ofertowa Odwołującego wynosi 2.440.000,00 PLN (różnica jest zupełnie bagatelna i stanowi ok. 0,16% ceny ofertowa). Odwołujący podkreślił jednak, że Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe, dlatego wątpliwości budzi żądanie udokumentowania jej przez przedłożenie kosztorysu.

Odwołujący zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, że *poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (Rozdział XXI pkt 2 i Rozdział XXIV pkt 3)*. Odwołujący podniósł, że Zamawiający pomija okoliczność, że w treści złożonych wyjaśnień, w których Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że w kalkulacji założone są wartości wyjściowe na poziomie: stawki roboczogodziny 27zł/r-g, koszty pośrednie 55% oraz zysk 12%. Na stronie tytułowej załączonego kosztorysu znajduje się zapis jednoznacznie wskazujący, na jakich założeniach ceny za roboczogodzinę oraz struktury kosztów, kosztorys został sporządzony. Ponadto Odwołujący zakwestionował, że wskazane przez Zamawiającego postanowienia rozdz. XXI pkt 2 i rozdz. XXIV pkt 3 dają podstawę do stwierdzenia wadliwości złożonego kosztorysu.

Dalej Odwołujący podniósł, że SIWZ nie określa obowiązku podawania *nakładów norm*. Odwołujący stwierdził, że jeżeli stawiany jest zarzut, że Odwołujący zaniżył nakłady norm, to należy wskazać, jaki przepis prawa nakłada na wykonawcę obowiązek stosowania określonych wielkości wskazywanych norm nakładów rzeczowych. Odwołujący wskazał, że posiłkując się przepisami rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 2004 r. w sprawie określenia i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego (Dz.U. z 2004 r. 130 poz. 1389) jednostkowe nakłady rzeczowe należy przyjmować w pierwszej kolejności na podstawie analizy indywidualnej, a nie – jak wskazuje Zamawiający – na postawie katalogów.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający zdaje się nie dostrzegać zmian prawnych dotyczących kosztorysowania, zwłaszcza uchylenia z dniem 12 grudnia 2001 r. ustawy z dnia 26 lutego 1982 r. (Dz. U. z 1988r. 27 poz. 195). Skoro Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej tub zawodowej – wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu prac

termomodernizacyjnych, każda o nie niższej niż 2 mln PLN – to logiczne i oczywiste jest, że wykonawca potwierdzający spełnienie tego warunku – tak jak Odwołujący – dysponuje wiedzą nie tytko techniczną, ale także wiedzą co do kosztów wykonania robót tego rodzaju. Dlatego też, jako podstawę do kalkulacji swojej ceny ryczałtowej, Odwołujący przyjął zagregowane ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych z uprzednio wykonanych robót termomodernizacyjnych.

Zdaniem Odwołującego, rozbieżność pomiędzy ceną ryczałtową a wartością kosztorysową na 0,16%, nie może stanowić uzasadnienia faktycznego dla podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustaw, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący powołał się na postanowienia SIWZ, z których wynika cena za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtu i jest niezmienna, a wybrany wykonawca przed podpisaniem umowy będzie zobowiązany przekazać Zamawiającemu kosztorys, z którego będzie wynikać cena ofertowa, opracowany tzw. metodą szczegółową. Na etapie ofertowania Zamawiający nie wymagał żadnego rozbicia ceny ofertowej, ograniczając się do wymogu podania sumarycznej ryczałtowej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego niezrozumiałe jest, że kosztorys inwestorski został opracowany metodą kalkulacji uproszczonej, a od wykonawcy wymagany jest kosztorys wykonany metodą szczegółową.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający potwierdził zarzuty z informacji innego wykonawcy i uznał , że zaniechał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak należy wywodzić, jako oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie faktyczne, a także uzasadnienie prawne, dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jest całkowicie wadliwe.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że kosztorys załączony do wyjaśnień dotyczących ceny oferty jest tożsamy dokumentowi, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, którego Zamawiający na etapie składania oferty nie wymagał. W związku z tym – zdaniem Odwołującego – nie ma żadnych podstaw do tezy, że Odwołujący chce zmienić cenę ofertową ani że zmiana taka jest konieczna.

W ocenie Odwołującego, w związku z wątpliwościami, jakie zaistniały po złożeniu przez Odwołującego wyjaśnień, procedura wyjaśnień, zgodnie z art.90 ust. 1 ustawy Pzp winna być kontynuowana. Zamawiający przedwcześnie wyciągnął wobec Odwołującego negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł, że dopuszczalne jest zwrócenie się do wykonawcy, który już złożył wyjaśnienia, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy przyjętych do kalkulacji założeń, czego w tej sprawie Zamawiający zaniechał. Zdaniem Odwołującego jest to tym bardziej zadziwiające, że podejmując pierwotnie decyzję o wyborze oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej (decyzja z 22 stycznia 2021 r.) Zamawiający miał wiedzę o tej banalnej rozbieżności na poziomie 0,16% w stosunku do ceny ofertowej.

Odnosząc się do zaistniałej rozbieżności pomiędzy wartością kosztorysową a ceną ofertową (0,16%), Odwołujący podniósł, że dokonując kalkulacji ceny ofertowej, będącej ceną ryczałtową, posiłkował się zagregowanymi cenami jednostkowymi robót uprzednio zrealizowanych oraz orientacyjnymi danymi z przekazanego przez Zamawiającego przedmiaru. Sporządzając kosztorys celem udokumentowania i potwierdzenia, że cena nie jest rażąco niska, Odwołujący musiał dokonać dekompozycji zagregowanych cen jednostkowych na poszczególne składniki cenotwórcze. W takiej sytuacji zaistnienie tak drobnych rozbieżności nie jest niczym zaskakującym ani świadczącym o popełnionych błędach.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie materiałów i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków nr 19 i 21 KWP w Krakowie przy ul. Mogilskiej 109" w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ekologicznego oraz zasobów środowiska poprzez modernizację obiektów małopolskiej Policji" wraz z robotami towarzyszącymi (pkt IV.1 SIWZ).

W punkcie XXI SIWZ Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny:

1. *W druku „Oferta" (załącznik nr 1 do SIWZ) należy podać cenę oferty brutto, która musi określać całkowitą wycenę przedmiotu zamówienia.*
2. *Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie należne Wykonawcy elementy wynagrodzenia wynikające z tytułu przygotowania, realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Cena musi też uwzględniać ryzyko wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.*
3. *Ofertę należy sporządzić przy uwzględnieniu warunku, że całość materiałów oraz środków technicznych niezbędnych do wykonania zamówienia dostarcza Wykonawca.*
4. *Podstawę do obliczenia ceny oferty stanowią: dokumentacja projektowa – załącznik nr 11 do SIWZ oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 12 do SIWZ. Przedmiar robót (załącznik nr 13 do SIWZ) służy tylko jako pomoc w określeniu kwoty ryczałtowej na wykonanie w/w roboty budowlanej. Ilości podane w tym opracowaniu są orientacyjne i pomocnicze. (...)*

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 19 068 301,59 zł, co stanowiło równowartość 4 587 105,67 euro, przy czym wartość aktualnie udzielanej części zamówienia (którego dotyczy obecne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego), to 2 909 126,48 zł, co stanowi równowartość 681 405,96 euro.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1)oferta Odwołującego – 2 440 000,00 zł,

2)oferta Konsorcjum: COMFORT-THERM Ł. K., COMFORT-THERM Sp. z o.o. – 3 083 900,00 zł,

3)oferta KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna – 2 598 694,80 zł,

4)MATEO Przedsiębiorstwo budowlane Usługowo-handlowe J. F. – 2 514 000,00 zł,

5)LUK-TERM PARTNER Sp. z o.o. – 2 495 700,00 zł,

6)Zakład Remontowo-Budowlany P. K. – 2 770 000,00 zł.

Pismem z 30 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do wyjaśnień dotyczących ceny. Zamawiający podał w wezwaniu:

(...) w związku z faktem, iż zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, Zamawiający zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) dotyczących wyliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia (w tym dowody) mają dotyczyć ceny oferty, w szczególności:

1) w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177, z 2019 r. poz. 1564);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) czy też powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca ma obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość (np. kosztorys ofertowy, cenniki cenotwórcze, zestawienie robocizny, materiałów, sprzętu, okoliczności faktycznie pozwalające na zaoferowanie nisko wycenionych składników ceny).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

(...) zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz jest rynkowa i przedstawiamy poniższe dowody:

1)Przedstawiona oferta została sporządzona w oparciu o wynikające z przedstawionych materiałów do przetargu w szczególności dokumentacja projektowa, przedmiar pomocniczy oraz wizja lokalna dokonana przy postępowaniu prowadzonym w okresie czerwiec-lipiec 2020 roku. W kalkulacji założone są wartości wyjściowe na poziomie stawki roboczogodziny 27 zł/r-g, koszty pośrednie 55% oraz zysk 12%. Na dowód przedstawiamy kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o udostępniony przedmiar pomocniczy.

2)Firmy wchodzące w skład konsorcjum posiadają wieloletnie doświadczenie w realizacji zadań polegających na kompleksowej termomodernizacji. Bliskość inwestycji od siedziby firmy (ok. 10 km) powoduje, że koszty logistyczne będą utrzymane na niskim poziomie. Dodatkowo firma posiada własną flotę transportową oraz sprzęt niezbędny do wykonania przedmiotu umowy oraz doświadczony personel, który gwarantuje prawidłowy nadzór nad pracami.

3)Sytuacja epidemiologiczna w kraju wymusiła spadek cen od dostawców materiałów i hurtowni, co przekłada się na optymalizację oferowania cen w kontraktach i pozwoliło obniżyć ofertę w postępowaniu.

4)Konsorcjum dodatkowo mogło obniżyć koszty stałe oraz koszty mobilizacji ze względu na fakt, że wykonuje analogiczne zadanie na terenie Komendy Wojewódzkiej Policji. Nabyło również odpowiednie doświadczenie o charakterze zleconych robót i specyfikacji remontowanych budynków.

5)Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych art. 90 wprost przedstawia sytuacje, w których wykonawca musi udowodnić, że cena przedstawiona w ofercie jest rażąco niską ceną tj. w sytuacji gdy jego oferta jest o 30% od wartości zamówienia, lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert w postępowaniu. W obu przypadkach nasza oferta nie spełnia tych wymagań. Oferta (2 440 000,00 zł brutto) przedstawiona jest tylko 7,94% tańsza od średniej arytmetycznej (2 650 382,47 zł brutto) sześciu złożonych ofert w postępowaniu, co potwierdza rynkowość ceny.

Zdaniem konsorcjum oferta została przygotowana rzetelnie i nie zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że jest ona rażąco niska.

Do wyjaśnień Odwołujący załączył kosztorys na łączną kwotę 2 444 000,00 zł.

Pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z 26 stycznia 2021 r. wykonawca KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna przekazał Zamawiającemu „Informację o nieprawidłowościach w postępowaniu", wskazując:

(...) Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce – lider konsorcjum, Z. M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Racławicka 27/19, 32-200 Miechów – partner konsorcjum, i niezgodnie z przepisami ustawy wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą.

W postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia. Okoliczność, że w postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania, czy zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a w konsekwencji również wezwania Wykonawcy do złożenia w związku z tym wyjaśnień. Wykonawca MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2nr 9, 32-086 Węgrzce – lider konsorcjum, Z. M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Racławicka 27/19, 32-200 Miechów – partner konsorcjum (dalej Wykonawca) został zgodniez art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Cena oferty stanowiła około 68 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego). Zamawiający wyznaczył konsorcjum 5-dniowy termin na złożenie wyjaśnień. W wyznaczonym terminie Wykonawca w ramach wyjaśnień złożył pismo m.in. z informacją, że cena nie jest rażąco niska oraz załączył kosztorys dla potwierdzenia swojej ceny ofertowej. Cena złożonej oferty opiewa na kwotę 2 440 000,00 zł brutto, zaś kwota w załączonym kosztorysie jest wyższa a zatem różna od ceny złożonej oferty, bowiem opiewa na kwotę 2 444 000,00 zł brutto, co potwierdzone jest także słownie.

Cena wynikająca z kosztorysu powinna być identyczna z ceną ofertową jaką złożył Wykonawca i do której wyjaśnienia został wezwany przez Zamawiającego.

Zamawiający w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny skierował wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedstawił kalkulację w postaci kosztorysu o kwocie wyższej niż ofertowa i nie załączył innych dowodów na potwierdzenie, że jego cena nie jest rażąco niska.

Oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, bowiem co do zasady Zamawiający nie może wezwać Wykonawcy do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwanie wskazywało na konieczność przedstawienia dowodów na potwierdzenie skalkulowanej ceny ofertowej na określonym w ofercie poziomie. W stanie faktycznym nie jest możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień. W aktualnym, jak i starszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp nie może być użyta do obejścia przepisów. W sytuacji, w której pierwotne wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, potwierdzające, iż cena została obliczona nieprawidłowo, Zamawiający nie może wezwać takiego Wykonawcy do kolejnych wyjaśnień. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej ponowne wezwanie nie może stanowić „ratowania oferty". Kolejne wezwanie byłoby naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez Wykonawcę. Tym samym, w przypadku kiedy na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, Wykonawca nie przedstawił jednoznacznej i precyzyjnej kalkulacji ceny ofertowej należałoby uznać, że Wykonawca nie sprostał nałożonemu na niego ciężarowi dowodowemu, i w takiej sytuacji Zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wprawdzie orzecznictwo i doktryna dopuszczają możliwość zwrócenia się do Wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy założeń przyjętych do kalkulacji, jednak nie ma to miejsca w tej sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy opiewają na kwotę inną niż złożona oferta. Zamawiający nie ma również możliwości poprawy ceny oferty jako innej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia mogą służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień i nie mogą dotyczyć negocjacji ceny oferty.

Zgodnie z ustawą Pzp Wykonawca w postepowaniu może złożyć jedną ofertę (art. 83 ust. 1 ustawy Pzp). Treść złożonej oferty musi być zgodna z treścią SIWZ i nie może ulec zmianie w toku procedury wyjaśnień.

Wykonawca złożył zatem wyjaśnienia niestaranne, nie sprawdził nawet własnej ceny ofertowej. Już samo przekazanie kosztorysu z inną ceną niż ofertowa może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i stanowić czyn nieuczciwej konkurencji a zarazem podstawę do odrzucenia oferty.

Dodatkowo zauważyć należy, że w sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę pełnych kosztów (w tym przypadku wyceny kosztorysowej) powinny one mieć sprecyzowany, dokładny charakter.

W treści pkt.1 złożonych wyjaśnień Wykonawca twierdzi, że na dowód przedstawia kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o udostępniony przez Zamawiającego przedmiar pomocniczy. Wynika więc z tego, że kosztorys powinien być sporządzony na podstawie zamieszczonych w przedmiarze katalogów nakładów rzeczowych.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w postaci kosztorysu szczegółowego, w kosztorysie jak wskazał stosuje czynniki cenotwórcze na poziomie tj.: R – stawka robocizny bezpośredniej 27zł/r-g

M – koszty materiałów bezpośrednich

S – koszty pracy sprzętu oraz środków transportu technologicznego

Kp – koszty pośrednie 55% od Robocizny i Sprzętu tj. 55%(R+S)

Z – zysk kalkulacyjny 12% od Robocizny i Sprzętu oraz kosztów pośrednich tj. 12%(R+S+Kp)

Pv – podatek VAT co nie jest w pełni prawdą, ponieważ poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział XXI pkt 2 i rozdział XXI pkt 3). Zastosowanie kalkulacji indywidualnej nie zwalnia Wykonawcy z stosowania wyżej wymienionych czynników cenotwórczych. Wykonawca tego nie robi w pozycjach określonych jako kalkulacja indywidualna, a tym samym zaniża koszty i wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych wykazując koszty bezpośrednie bez narzutów. W pozycjach tych Wykonawca nie wykazuje zastosowanych materiałów, nakładów robocizny i sprzętu co powoduje, że nie nalicza od nich wskazanych kosztów pośrednich i zysku jakie deklaruje w założeniach kosztorysowych na stronie tytułowej kosztorysu. Tym samym kolejny raz zaniża wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Ponadto Wykonawca w załączonym kosztorysie pomija lub zaniża nakłady norm przyjętych w Katalogach Nakładów Rzeczowych, które stosuje w kosztorysie i tym samym kolejny raz obniża wartość poszczególnych pozycji, co ma miejsce np. w pozycjach:

Pozycja 1.1.4.2 KNR 4-01 0201/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 4,32 r-g/m2 a przyjmuje nakład robocizny 1,296 r-g/m2 stosując współczynnik do R=0,3, co obniża nakład robocizny o 3,024 r-g/m2 pomnożone x obmiar 95,43 m2 daje 288,58 r-g x 27 zł./r-g =7.791,67 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i Zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 13.526,34 zł. (netto)

Pozycja 1.1.12.1 KNR 2-02 1604/01 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,5482r-g/m2 a przyjmuje nakład robocizny 0,0952 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 0,453 r-g/m2 pomnożone x obmiar 1127,48 m2 daje 510,75 r-g x 27 zł./r-g =13.790,25 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 23.939,87 zł. (netto)

Pozycja 1.2.1.1 KNR 4-01 0104/03 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 6,41r-g/m3 a przyjmuje nakład robocizny 2,205 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 4,205 r-g/m3 pomnożone x obmiar 472,73 m2 daje 1987,83 r-g x 27 zł./r-g =53.671,40 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 93.173,55 zł. (netto)

Pozycja 1.2.6.10 KNNR 5 0605/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,45r-g/m a przyjmuje nakład robocizny 0,145 r-g/m, co obniża nakład robocizny o 1,305 r-g/m pomnożone x obmiar 212 m2 daje 276,66 r-g x 27 zł./r-g = 7.469,82 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 12.967,61 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.1 KNNR 6 0801/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,46r-g/m2 a przyjmuje nakład robocizny 0,66 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 0,80 r-g/m2 pomnożone x obmiar 147,05 m2 daje 117,64 r-g x 27 zł./r-g = 3.176,28 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 5.514,02 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.6 KNR 4-01 0108/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,86r-g/m3 a przyjmuje nakład robocizny 0,46 r-g/m3, co obniża nakład robocizny o 0,40 r-g/m2 pomnożone x obmiar 22,06 m2 daje 8,82 r-g x 27 zł./r-g = 238,25 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 413,60 zł. (netto)

Pozycja 1.2.7.7 KNR 4-01 0108/12 winien być zgodnie z normą nakład sprzętu 0,48r-g/m3 a przyjmuje nakład sprzętu 0,02 r-g/m3, co obniża nakład sprzętu o 0,46 r-g/m2 pomnożone x obmiar 22,06 m3 daje 10,15 m-g x 65 zł./m-g = 659,59 zł. powiększone o wartość kosztów pośrednich i zysk daje w przeliczeniu obniżenie wartości pozycji o 1.145,05 zł. (netto)

Takich pozycji kosztorysowych z nieprawidłowościami jest więcej i trudno je w swej mnogości wymieniać, ale chcę pokazać mechanizm obniżenia nakładów robocizny, a tym samym wartości złożonej oferty.

Wyjaśnieniem Wykonawcy nie może być zatem kosztorys, który jest wadliwie sporządzony, co powinien zweryfikować Zamawiający na etapie oceny złożonych wyjaśnień, a informacja na pierwszej stronie kosztorysu, że zastosowano cenę robocizny w wysokości 27 zł za r-g, koszty pośrednie na poziomie 55% i zysk na poziomie 12 % nie stanowią przesłanki do uznania, że kosztorys został sporządzony prawidłowo.

Wykonawca w złożonym kosztorysie wykazuje łączne nakłady robocizny na wykonanie zamówienia na poziomie 12 695 r-g, co jest ujęte w zestawieniu robocizny przedłożonego kosztorysu. Przedmiar robót załączony przez Zamawiającego do SIWZ obejmujący swym zakresem wykonanie przedmiotowego zamówienia, sporządzony na podstawie obowiązujących norm i nakładów rzeczowych przewiduje nakłady robocizny na poziomie 24 933 r-g. Widać więc, iż Wykonawca przyjął połowę nakładów robocizny założonych na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Trudno zrozumieć dlaczego Zamawiający na etapie weryfikacji kosztorysu nie zauważył tak dużej różnicy nakładów robocizny (ponad 12 tysięcy roboczogodzin), w stosunku do przedmiaru sporządzonego na podstawie kosztorysu inwestorskiego, jaki posiada w swoich zasobach i udostępnił w materiałach przetargowych do postępowania na etapie składania ofert.

Wykonawca nie przewidział w swojej ofercie zastosowania technologii równoważnej wykonania przedmiotowego zakresu robót, co dawałoby ewentualne możliwości obniżenia nakładów robocizny w tak dużym stopniu. Nakłady robocizny nie zmieniają się przy przyjętej przez Wykonawcę technologii robót, a wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Wykonawcy z zachowania wymaganych procesów technologicznych i czasochłonności ich przebiegu. Czasochłonność procesów technologicznych określają normy Katalogów Nakładów Rzeczowych, które Wykonawca zaniża w swej ofercie. Zaniżając nakłady robocizny zaniża więc cenę złożonej oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wobec innych podmiotów biorących udział w postępowaniu przetargowym.

Ponadto Wykonawca nie wykazuje w przedłożonym kosztorysie w pozycjach opisanych jako kalkulacja indywidualna zastosowanych kluczowych materiałów takich jak: styrodur, styropian, styropapa, tynk elewacyjny, mających zastosowanie do prac termomodernizacyjnych, stanowiących element kosztorysu w pkt. 1.1 Prace termomodernizacyjne, co już stanowi naruszenie istoty rzetelnych wyjaśnień.

Wykonawca winien złożyć prawidłowo sporządzony kosztorys Zamawiającemu, a wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Wykonawcy od wykonania kosztorysu w sposób zgodny z zasadami kosztorysowania, tym bardziej, że kosztorys ten stanowi podstawę rozliczenia dofinansowania ze środków unijnych i osiągnięcia zamierzonego efektu rzeczowego.

Z treści niniejszego pisma wynika, że Wykonawca zmieniając normy Katalogów Nakładów Rzeczowych i unikając zastosowania czynników cenotwórczych tj. kosztów pośrednich i zysku w poszczególnych pozycjach kosztorysowych chcąc dopasować wartość kosztorysu do kwoty ofertowej zrobił to na tyle nieudolnie, że ceny te się różnią, to jest tak jakby Wykonawca złożył dwie różne oferty, co jest niezgodne z ustawą Pzp i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca kilkakrotnie zaniżając nakłady norm Katalogów Nakładów Rzeczowych na wykonanie przedmiotowego zadania tym bardziej nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty.

Z przedłożonego kosztorysu załączonego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika również jakie Wykonawca zastosował materiały i ich parametry. Wykonawca zatem nie dochował należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień.

Oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp, 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ oraz 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 – oferta zawiera rażąco niską cenę.

Naszym zdaniem Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp, który mówi, że m.in. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, bezstronność i obiektywizm oraz udzielił zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy.

Pismem z 3 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał „Informację o ponownej ocenie ofert", w której poinformował o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjna.

W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający podał:

W dniu 22.01.2021 r. roku komisja przetargowa dokonała wyboru oferty konsorcjum firm: 1) MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa (...). W dniu 26.01.2021 r. Zamawiający został poinformowany na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: MURKRAK (...) i niezgodnie z przepisami ustawy wybraniu jej jako ofertę najkorzystniejszą. W uzasadnieniu informacji zostało podniesione, że:

− cena złożonej oferty Konsorcjum opiewa na kwotę 2 440 000,00 zł brutto, zaś kwota w załączonym kosztorysie jest wyższa a zatem różna od ceny złożonej oferty, opiewa bowiem na kwotę 2 444 000,00 zł brutto, co potwierdzone jest także słownie;

− poszczególne pozycje kosztorysowe określone jako kalkulacje indywidualne nie zawierają nakładów robocizny, materiału i sprzętu, jak i kosztów pośrednich i zysku do czego Wykonawca był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział XXI pkt 2 i rozdział XXIV pkt 3);

− w załączonym kosztorysie Konsorcjum pomija lub zaniża nakłady norm przyjętych w katalogach nakładów rzeczowych, np. pozycje:

• Pozycja 1.1.4.2 KNR 4-01 0201/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 4,32 r-g/m2 a jest przyjęty 1,296 r-g/m2, zastosowany współczynnik do R=0,3, co obniża nakład robocizny o 3,024 r-g/m2;

• Pozycja 1.1.12.1 KNR 2-02 1604/01 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,5482 r-g/m2 a jest przyjęty 0,0952 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 0,453 r-g/m2;

• Pozycja 1.2.1.1 KNR 4-01 0104/03 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 6,41 r-g/m3 m2 a jest przyjęty 2,205 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 4,205 r-g/m3

• Pozycja 1.2.6.10 KNNR 5 0605/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,45 r-g/m m2 a jest przyjęty 0,145 r-g/m, co obniża nakład robocizny o 1,305 r-g/m

• Pozycja 1.2.7.1 KNNR 6 0801/05 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 1,46 r-g/m2 a m2 a jest przyjęty 0,66 r-g/m2, co obniża nakład robocizny o 0,80 r-g/m2

• Pozycja 1.2.7.6 KNR 4-01 0108/11 winien być zgodnie z normą nakład robocizny 0,86 r-g/m3 m2 a jest przyjęty 0,46 r-g/m3, co obniża nakład robocizny o 0,40 r-g/

Stosując obniżenia nakładów na robociznę Konsorcjum tym samym kolejny raz obniża wartość poszczególnych pozycji, a tym samym zaniża łączne nakłady robocizny o około 12 000 roboczogodzin;

− nie wykazuje w przedłożonym kosztorysie w pozycjach opisanych jako kalkulacja indywidualna zastosowanych kluczowych materiałów takich jak: styrodur, styropian, styropapa, tynk elewacyjny.

W dniu 28.01.2021 r. komisja powróciła do czynności ponownego badania i oceny ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert komisja stwierdziła, co następuje:

1. Zamawiający potwierdził zarzuty o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty i unieważnia czynność wyboru konsorcjum firm: 1) MURKRAK (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający nie ma możliwości poprawy ceny oferty jako innej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (zmiana dotyczyłaby całego kosztorysu, cen jednostkowych itd.). Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy do wyjaśnień, gdyż wyjaśnienia mogą służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień i nie mogą dotyczyć negocjacji ceny oferty. Wprawdzie orzecznictwo i doktryna dopuszczają możliwość zwrócenia się do Wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów czy założeń przyjętych do kalkulacji, jednak nie ma to miejsca w tej sytuacji, gdy wyjaśnienia Wykonawcy opiewają na kwotę inną niż złożona oferta.

2. Zamawiający przystąpił do oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. (...)

5. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający potwierdził zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum: 1) MURKRAK (...) oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp (Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp), 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ (pozycje kosztorysowe nie są sporządzone zgodnie z zapisami SIWZ), art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) w związku z 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, bowiem co do zasady Zamawiający nie może wezwać Wykonawcy do ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 1 lutego 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. G. KBI Technika Grzewcza i Wentylacyjną który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, czynność ta była niezasadna.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

–pkt 1: jest niezgodna z ustawą;

–pkt 2: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

–pkt 4: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ustawy Pzp stanowi:

1.Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Po pierwsze, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia badania i oceny ofert. Odwołujący argumentował, że podstawą tej decyzji była informacja o nieprawidłowościach przekazana Zamawiającemu przez Przystępującego w sytuacji, w której art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdował zastosowania, gdyż Przystępującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania na czynności Zamawiającego. Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że Zamawiający zawsze może skorygować swoje czynności, niezależnie od tego, czy sam dopatrzył się w nich nieprawidłowości, czy też powziął o nich wiedzę z innych źródeł. Jeżeli Zamawiający stwierdza, że dokonane przez niego czynności były nieprawidłowe, to utrzymywanie takich wadliwych – w przekonaniu Zamawiającego – czynności w mocy, jest niecelowe.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający zobowiązany był w jakiś szczególny sposób uzasadnić, dlaczego skierował do Odwołującego wezwanie. Zauważenia wymaga, że w rozpoznawanej sprawie zaistniał ustawowy obowiązek skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, zaoferowana cena (2.440.000,00 zł) była bowiem o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o VAT (3.578.225,57 zł). Jednocześnie okoliczność taka nie zaistniała w przypadku żadnego z pozostałych wykonawców, stąd też twierdzenia Odwołującego o niezasadnym skierowaniu wezwania do wyjaśnień tylko do niego, nie mają oparcia w stanie faktycznym. Jednocześnie stwierdzić należy, że błędne wskazanie podstawy prawnej wezwania (art. 90 ust. 1 zamiast art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) jest uchybieniem pozostającym bez wpływu na przebieg i wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie

z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się de facto do streszczenia otrzymanej od Przystępującego informacji o nieprawidłowościach. Stanowisko własne Zamawiającego sprowadza się do poinformowania, że: *Zamawiający potwierdził zarzuty o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechaniu czynności w postępowaniu, polegających na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty i unieważnia czynność wyboru konsorcjum firm: 1) MURKRAK (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. (...) Zamawiający potwierdził zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum oraz oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp (Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp), 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z treścią SIWZ (pozycje kosztorysowe nie są sporządzone zgodnie z zapisami SIWZ), art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.* Dodatkowo Zamawiający poinformował, że nie ma możliwości poprawienia oferty ani ponownego wezwania do wyjaśnień.

Odnosząc się do powyższego, szczątkowego uzasadnienia, po pierwsze zauważenia wymaga, że Zamawiający nie poinformował, na czym konkretnie jego zdaniem polega niezgodność oferty Odwołującego z ustawą. Z uzasadnienia nie wynika, dlaczego Zamawiający powołał się na przepis art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, określający możliwość złożenia tylko jednej oferty. Można się jedynie domyślać, że Zamawiającemu chodziło o to, że kwota wynikająca z kosztorysu załączonego do wyjaśnień Odwołującego różni się od ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga jednak, że powody odrzucenia oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy. Ponadto, Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego rozbieżność między ceną oferty a kwotą wynikającą z kosztorysu zinterpretował jako złożenie dwóch oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty pozbawione jest jakiegokolwiek wywodu na ten temat.

Podobnymi wadami obarczone jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie podał, z jakimi postanowienia SIWZ oferta Odwołującego jest niezgodna i jaki jest zakres tej niezgodności.

Analogicznie należy ocenić odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie odniósł się do całości złożonych wyjaśnień, nie wskazał, z jakich powodów uznał cenę oferty za rażąco niską.

Przyjmując nawet, że Zamawiający przytoczone stanowisko Przystępującego uznał za własne, to nie może być ono uznane za wystarczające. Po pierwsze, nie wiadomo, czy wskazane w tym stanowisku wady kosztorysu stanowią niezgodność z SIWZ, czy też świadczą o rażąco niskiej cenie. Nie sposób też wywnioskować, dlaczego rozbieżność ceny ofertowej i kwoty z kosztorysu powoduje wadliwość oferty. Nie wiadomo też, dlaczego poszczególne pozycje kosztorysowe musiały być sporządzone w określonej szczegółowości, jak to się ma do postanowień SIWZ, charakteru ceny oraz dlaczego przekłada się na wniosek o braku wykazania, że cena nie jest rażąco niska. To samo dotyczy kwestii zaniżenia norm nakładów – brak jest informacji, z czego wynikał obowiązek przedstawienia kosztorysu uwzględniającego takie nakłady.

Izba nie dopatrzyła się wadliwości oferty (czy to niezgodności z ustawą czy z SIWZ) w fakcie, że kwota z kosztorysu nieznacznie różni się od ceny ofertowej. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że rozstrzygająca jest cena ofertowa, kosztorys natomiast został sporządzony na potrzeby wyjaśnień dotyczących rynkowości ceny i w żaden sposób nie zmienia ceny oferty. Nie ma podstaw twierdzić, że wartość wynikająca z dowodu mającego potwierdzać realność ceny stanowi złożenie drugiej oferty.

Co do elementów uwzględnionych w poszczególnych pozycjach kosztorysowych trudno stanowisko Zamawiającego poddać weryfikacji, gdyż nie przedstawił on wywodu, dlaczego uważa, że takie a nie inne elementy powinny być uwzględnione. W tej sytuacji Izba wskazuje jedynie, że kosztorys powinien być potraktowany wyłącznie jako dowód załączony do wyjaśnień ceny, mający służyć badaniu jej realności. SIWZ nie zawiera żadnych wytycznych dotyczących sposobu sporządzenia kosztorysu przez wykonawcę, gdyż wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do jego sporządzenia. Nie ma w SIWZ obowiązku uwzględnienia nakładów według KNR, a jeśli Zamawiający uważa, że przyjęcie innych nakładów powoduje, że cena jest rażąco niska, to powinien to uzasadnić. Ponadto wyraźnego podkreślenia wymaga, że postanowienia punktu XXIV.3 SIWZ (zobowiązujące wykonawcę do przestawienia kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową) odnosi się wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana i określa obowiązek, który zaistnieje dopiero przed zawarciem umowy. Ww. postanowienia SIWZ nie stanowią więc podstawy do żądania kosztorysu w określonej szczegółowości na etapie postępowania przetargowego.

W odniesieniu do kwestii ponownego wezwania do wyjaśnień Izba wskazuje, że niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Chociaż ustawa nie formułuje wprost takiego zakazu, to jednak wynika on z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającego prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko

wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które można uznać za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Ponieważ w rozpoznawanej Zamawiający nie przedstawił wystarczającej oceny wyjaśnień, utrudnione jest stwierdzenie, czy istnieją podstawy do skierowania do wykonawcy kolejnych pytań. Jeżeli w wyniku ponownej analizy wyjaśnień Zamawiający uzna, że wyjaśnienia co do zasady powinny zostać zaakceptowane, ale istnieją określone wątpliwości wymagające wyjaśnienia, powinien skierować do wykonawcy stosowne wezwanie. Jeżeli jednak Zamawiający uzna wyjaśnienia za wadliwie, gołosłowne i nierzetelne, to nie może udzielić wykonawcy drugiej szansy na wykazanie rynkowości ceny.

Na koniec zauważenia wymaga, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający negatywnie ocenił powołanie się przez Odwołującego na swoje doświadczenie i przedstawił wywód na temat naliczanych mu kar umownych. Powyższe nie zostało przedstawione jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty, nie może więc być wzięte pod uwagę jako uzasadniające to odrzucenie.

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu. Wykonując wyrok Izby Zamawiający powinien ponownie zbadać udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia, a w przypadku ewentualnego stwierdzenia podstaw do odrzucenia jego oferty – przedstawić wyczerpujące uzasadnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:.....