

Sygn. akt: KIO 2430/21

WYROK

z dnia 20 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez

wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo

Robót Drogowo - Budowlanych J. W., ul. Zaremby 16/9, 62-740 Tuliszków,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Rzgów, ul. Konińska 8,
62-586 Rzgów,

przy udziale wykonawcy „BUD-AN” sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych J. W., ul. Zaremby 16/9, 62-740 Tuliszków, 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 odwołującego: J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych J. W., ul. Zaremby 16/9, 62-740 Tuliszków, na rzecz zamawiającego: Gmina Rzgów, ul. Konińska 8, 62-586 Rzgów, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:

Sygn. akt KIO 2430/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Rzgów, ul. Konińska 8, 62-586 Rzgów, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Osieczka Pierwsza, Osieczka Druga, Sławsk oraz Grabienice, Rzgów Drugi”, numer referencyjny: GO.271.5.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.05.2021r., nr 2021/BZP 00060089/01.

Pismem z dnia 09.08.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu w zadaniu nr 1 oferty wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych J. W., ul. Zaremby 16/9, 72-640 Tuliszków (dalej: „odwołujący”).

W dniu 16.08.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego oraz uznanie, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy oferta odwołującego została sporządzona prawidłowo, obejmuje wszystkie elementy wskazane w swz i jej cena nie jest rażąco niska,
- 2) ewentualnie - w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz odrzucenie oferty odwołującego i uznanie, że zarzucany odwołującemu przez zamawiającego brak ujęcia w ofercie wymaganego w swz systemu napowietrzania stanowi o rażąco niskiej cenie oferty, w sytuacji gdy przedmiotowa sytuacja nie wypełnia dyspozycji tego przepisu,
- 3) ewentualnie - w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutów z pkt 1, 2 - naruszenie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak ponownego wezwania odwołującego do wyjaśnień treści pisma odwołującego z dnia 23.07.2021 r. w zakresie uwzględnienia w cenie oferty systemu napowietrzania ścieków oraz wyceny poszczególnych elementów kosztorysu ofertowego,
- 4) naruszenie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 171 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na braku wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta odwołującego powinna znaleźć się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje. „Odnosząc się do kwestii ujęcia w ofercie PRDB systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni (zwany również: systemem napowietrzania), Odwołujący oświadcza, że treść udzielonych przez niego wyjaśnień z dnia 23.07.2021 r. przesądza o prawidłowości oferty Odwołującego, stanowiąc jednocześnie o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 nPZP w zakresie odrzucenia oferty PRDB.

Z załączonego do przedmiotowych wyjaśnień oświadczenia Proinvest wynika jednoznacznie, że podmiot ten - w ramach realizacji niniejszego zamówienia na rzecz PRDB - uwzględnił w zaofferowanej cenie system napowietrzania, a zatem oferta Odwołującego spełnia wymagania SWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wszelkie wątpliwości w tym zakresie usuwa również zawarte w tym oświadczeniu zdanie, iż „Zaofferowane tłocznie ścieków P-1, P-2, P-3, wycenione są zgodnie z dokumentacją projektową”. Wynika z niego wprost, że oferowane przez Proinvest usługi w ramach niniejszego zamówienia publicznego obejmują swoim zakresem wszelkie wymagane w SWZ elementy, w tym również przedmiotowy system napowietrzania. Skoro bowiem treść SWZ przewiduje, że tłocznie mają być wyposażone w system napowietrzania, deklaracja Proinvest mówiąca o tym, że oferowane tłocznie zawierają wycenę wszelkich elementów wskazanych w dokumentacji projektowej Zamawiającego, oczywistym jest, że

oferta tego podmiotu uwzględnienia również omawiany system napowietrzania.

Celem wyjaśnienia Wykonawca wskazuje, że treść pierwotnej oferty Proinvest nr 08/06/2021/PRDB/Rzgów, załączonej do wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r. została przez strony finalnie dostosowana do wymogów niniejszego zamówienia, co potwierdza oświadczenie Proinvest. Ewentualne wątpliwości, które Zamawiający mógł mieć w stosunku do treści oferty Proinvest nr 08/06/2021/PRDB/Rzgów, załączonej do wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r. zostały zatem usunięte przez dokument o możliwie najwyższej wiarygodności tj. przez oświadczenie własne oferenta (Proinvest).

Za całkowicie niezrozumiały należy uznać również argument Zamawiającego, iż stwierdzenie Proinvest, że „w ofercie uwzględniony został koszt instalacji napowietrzania ścieków” nie jest tożsame z ujęciem w ofercie kosztów systemu napowietrzania.

Odwolujący podkreśla, że słowa „instalacja” oraz „system” należy uznać za synonimy i można je stosować zamiennie. „Instalacje napowietrzające ścieki” oznaczają bowiem dokładnie to samo co „systemy napowietrzania ścieków”. Słownik języka polskiego PWN definiuje „instalację” jako: „zespół przewodów i urządzeń doprowadzających elektryczność, gaz, wodę itp. do jakichś obiektów lub pomieszczeń”, analogicznie określając „system”, jako „zespół wielu urządzeń, dróg, przewodów itp.”

Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że treść oświadczenia Proinvest nie potwierdza spełnienia wymagań Zamawiającego przez ofertę PRDB. Proinvest oświadczył bowiem wyraźnie, że instalacja (system) napowietrzania ścieków została wyceniona w jego ofercie.

Z ostrożności procesowej, PRDB zaznacza, że jeśli Zamawiający - mimo wszystko - miał wątpliwości co do treści oświadczenia Proinvest, miał możliwość ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w celu objaśnienia na czym polega uwzględnienie w ofercie tego podmiotu „Instalacji napowietrzających ścieki” i byłoby to działanie w pełni zgodne z przepisami nPZP (wyrok z dnia 13 października 2014 r., KIO 2025/14).

Odwolujący podkreśla przy tym, że oświadczenie Proinvest z dnia 21.07.2021 r. nie wpłynęło w żaden sposób na zmianę ceny oferty PRDB. Nie doszło zatem do modyfikacji oferty Odwołującego jak sugeruje Zamawiający - w ramach złożonych wyjaśnień PRDB wyjaśniło jedynie treść oferty, co jest działaniem w pełni zgodnym z przepisami nPZP.

W konsekwencji, odrzucenie oferty PRDB na wskazanej podstawie należy uznać za bezpodstawne i sprzeczne z przepisami PZP.

Celem usunięcia wszelkich wątpliwości co do uwzględnienia w cenie oferty PRDB systemu napowietrzania ścieków, Odwołujący przedkłada protokół z negocjacji z dnia 08.06.2021 r., kształtujący finalną ofertę Proinvest dla PRDB w ramach niniejszego postępowania.

Jak wynika z treści tego protokołu, strony ustaliły, że Proinvest - w pierwotnej cenie oferty - uwzględni system napowietrzania ścieków. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że oferta Odwołującego spełnia wszelkie wymagania SWZ, a ponadto nie nosi znamion rażąco niskiej ceny.

Z ostrożności procesowej PRDB wyjaśnia, że nie przedłożył przedmiotowego protokołu na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.07.2021 r. ponieważ uznał za w pełni wystarczające oświadczenie Proinvest, wskazujące jednoznacznie na uwzględnienie w ofercie systemu (instalacji) napowietrzania ścieków. Należy bowiem podkreślić, że przedmiotowe wezwanie Zamawiającego wystosowano w trybie art. 224 ust. 1 pkt 1 nPZP i dotyczyło ono wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co - w ocenie PRDB - nie wymagało przedłożenia wskazanego protokołu z negocjacji. Protokół ten nie zmienia bowiem ceny oferty Proinvest, a jedynie potwierdza, że podmiot ten zapewnił PRDB wykonanie systemu napowietrzania ścieków. (...)

W ocenie Odwołującego również zarzut Zamawiającego, w myśl którego omyłka rachunkowa popełniona przez Odwołującego przy wycenie robocizny stanowi o rażąco niskiej cenie oferty PRDB jest bezpodstawny i nie znajduje uzasadnienia zarówno w treści oferty odwołującego jak i w wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego.

Odwolujący podkreśla, że w wyjaśnieniach z dnia 24.06.2021 r. doszło do omyłki, w ramach której doliczono do kosztów robocizny koszty pośrednie tj. koszty utrzymania pracowników biurowych, kierowców dostarczających materiał z magazynu na budowę, koszty zatrudnienia kierownika budowy oraz koszty ochrony placu budowy (jeśli będą wymagane).

Przedmiotowa omyłka została wyjaśniona w piśmie PRDB z dnia 23.07.2021 r., gdzie

wskazano, że powyższe koszty szacowane są na ok. 60 000 zł netto i powinny zostać uwzględnione w ramach nieprzewidzianych kosztów związanych z realizacją budowy i zysku. Po poprawieniu tej omyłki koszty te wynoszą ok. 346 252,01 zł netto.

Odwołujący podkreśla, że przedmiotowe koszty zostały wliczone w koszty nieprzewidziane (uwzględnione w kosztorysie jako koszty pośrednie) i w zysku. Wyjaśnienia PRDB z dnia 24.06.2021 r. precyzyjnie wskazywały, co składa się na cenę oferty, a błąd nastąpił jedynie przy wycenie robocizny (o czym mowa powyżej).

Odwołujący przytacza przy tym definicję kosztów pośrednich, które najogólniej można określić jako „koszty ponoszone przez firmę budowlaną (a które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich) związane z jej działalnością produkcyjną na placach budowy oraz zarządzania całym przedsiębiorstwem [...]”. Wysokość kosztów pośrednich nie wiąże się w sposób bezpośredni z rodzajem i ilością konkretnej roboty budowlanej, wobec czego nie można dla nich określić jednostkowych norm nakładów rzeczowych. Właśnie dlatego te koszty określa się jako pośrednie, ponieważ nie można ich powiązać w sposób bezpośredni z poszczególnymi rodzajami, a zwłaszcza przedmiotami/obmiarami robót budowlanych wykonywanych na poszczególnych placach budów firmy”. Koszty te są uwzględnione w kosztorysie, ale nie wskazane bezpośrednio w konkretnej pozycji kosztorysowej.”

Należy zaznaczyć, że Odwołujący posłużył się w wyjaśnieniach określeniem „kosztów nieprzewidzianych”, niemniej – jak wskazano – oznaczały one koszty pośrednie. Kwestia nazewnictwa nie może przy tym prowadzić do odrzucenia oferty, a jest jedynie związana z warstwą semantyczną, nieistotną z punktu widzenia wyceny oferty.

PRDB prawidłowo skalkulowało zatem wysokość poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, więc niezrozumiały pozostaje zarzut, że „Wykonawca [...] nie uwzględnił w cenie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia”. Odwołujący w treści wyjaśnień określił dokładnie, na czym polegała omyłka w pierwotnych wyjaśnieniach, dowodząc, że zaoferowana cena jest prawidłowa i pozwala na realizację zamówienia.

Za nietrafny w ocenie Odwołującego należy także uznać argument, iż Odwołujący dnia 23.07.2021 r. złożył zupełnie nowe wyjaśnienia w stosunku do poprzednich i zmienił wycenę swojej oferty. Treść tych wyjaśnień jedynie precyzowała i usuwała omyłkę, jaka wystąpiła w wyjaśnieniach z dnia 24.06.2021 r. Zdaniem PRDB nie zachodzą tu zatem podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro bowiem Zamawiający jest uprawniony do powtórzenia wzywania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, Wykonawca ma również prawo, a nawet i obowiązek do doprecyzowania swoich pierwotnych wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, że doprecyzowanie omyłki z wyjaśnień z 24.06.2021 r. nie wpłynęło w żaden sposób na wysokość ceny oferty PRDB, a zatem Odwołujący nie dokonał modyfikacji założeń ofertowych.

Wobec powyższego, w niniejszej sytuacji nie sposób określić ceny oferty PRDB jako rażąco niskiej. Jak wynika bowiem z treści oferty jak i wyjaśnień, Odwołujący m.in. wypracuje w ramach niniejszego zamówienia zysk, a także zrealizuje wszelkie elementy wskazane w SWZ.

Niezależnie od powyższego, jeżeli Zamawiający – pomimo wyjaśnień z dnia 23.07.2021 r. nadal posiadał wątpliwości co do wyceny oferty Odwołującego, winien był co najmniej wezwać PRDB do kolejnych wyjaśnień zamiast odrzucać ofertę.

(...) Odwołujący podkreśla, iż zaprzecza zarzutom Zamawiającego w zakresie braku uwzględnienia w ofercie systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku stoczni. System ten został ujęty w ofercie, co wynika wprost z oświadczenia Proinvest z dnia 21.07.2021 r., załączonego do wyjaśnień z 23.07.2021 r. oraz z pkt 1 uzasadnienia niniejszego odwołania.

Niezależnie od powyższego, nawet jeśli przyjąć stanowisko Zamawiającego za zasadne (czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza) brak ujęcia w ofercie jednego z elementów – w tym przypadku przedmiotowego systemu – nie powinno stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 nPZP tj. w związku z rażąco niską ceną, a powinno skutkować jej ewentualnym odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) nPZP jako oferta, której „treść jej niezgodna z warunkami zamówienia”. Skoro bowiem (w opinii Zamawiającego) PRDB nie uwzględniło w swojej ofercie rzeczonożego systemu, należałoby uznać, że oferta ta nie spełnia wymagań SWZ, a tym samym jest sprzeczna z warunkami zamówienia. Powyższe uchybienie nie może świadczyć jednak o rażąco niskiej cenie oferty, a jedynie o braku uwzględnienia w jej zakresie elementu wymaganego przez Zamawiającego. Właściwą podstawą prawną odrzucenia oferty w tym przypadku powinien być zatem art. 226 ust. 1 pkt 5 nPZP. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty BUD-AN sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego,
- 5) ewentualnie - w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutów z pkt 1, 2 - nakazania zamawiającemu ponownego wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp co do uwzględnienia w cenie oferty systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni.

Pismem z dnia 19.08.2021 r. wykonawca „BUD-AN” sp. z o.o., ul. Śródmiejska 15, 62-800 Kalisz, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 17.09.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 20.09.2021 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Osieca Pierwsza, Osieca Druga, Sławsk (zadanie 1) oraz Grabienice, Rzgów Drugi (zadanie 2). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 1.

Wartość szacunkowa zamówienia w zadaniu nr 1 wynosi 5.145.463,54 zł netto, co stanowi 6.328.920,15 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert w zadaniu nr 1 wyniosła 5.006.222,43 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę z ceną 3.416.067,78 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty odwołującego wynosi ok. 54% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 68% średniej arytmetycznej ofert.

W pkt 17.1. - 17.3. swz zamawiający wskazał:

17.1. Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia wynikające z SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy. Uwaga: Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą uproszczoną.

17.2. Z uwagi na rozliczenie ryczałtowe, przy szacowaniu ceny Wykonawca winien uwzględnić wszelkie elementy procesu wykonawczego, w tym m.in.:

- a) koszty robót przygotowawczych i utrzymania zaplecza budowy,
- b) koszty związane z geotechniką, obsługą geodezyjną, mapą do celów projektowych i inwentaryzacją powykonawczą,
- c) koszty wszystkich niezbędnych pomiarów i badań,
- d) koszty zatrudnienia personelu kierowniczego, w tym kierownika budowy i kierowników robót,
- e) koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót, w tym zagospodarowania odpadów,

- f) koszty ubezpieczenia i zabezpieczeń majątkowych budowy,
- g) koszty zużycia energii elektrycznej i wody,
- h) należny podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami
- i) wszystkie inne, nie wymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy, przepisami technicznymi i prawnymi oraz sztuką budowlaną (zabezpieczenie bhp, p.poż. itp.).

17.3. Cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe, które nie podlega zmianie w czasie trwania umowy.

Pismem z dnia 18.06.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny jego oferty w zadaniu nr 1.

W odpowiedzi z dnia 24.06.2021 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, a ich treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20.07.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, w szczególności:

- 1) wskazania pozycji w kosztorysie ofertowym, w której został ujęty system napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni, którego to elementu nie zawierała oferta cenowa Proinvest, a także uszczegółowienie tej pozycji poprzez przedłożenie zamawiającemu wykazu materiałów z przypisaną do każdej pozycji ceną jednostkową,
- 2) wykonawca w kosztorysie ofertowym w tabeli elementów scalonych przedstawił koszty robocizny na poziomie 515.364,783 zł, a w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny została podana kwota jako koszty robocizny w wysokości 575.364,73 zł. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ww. różnicy w kosztach robocizny.

W odpowiedzi z dnia 23.07.2021 r. odwołujący wskazał:

Ad 1. System napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni został uwzględniony w ofercie firmy PROINVEST nr 08/06/2021/PRDB/Rzgów z dnia 08.06.2021 r., co potwierdza oświadczenie firmy PROINVEST dołączone do pisma.

Ad 2. W wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny złożonych zamawiającemu w dniu 24.06.2021 r. nastąpiła omyłka pisarska dotycząca wyliczenia kosztów robocizny. W kosztorysie koszty robocizny zostały oszacowane na kwotę 515.364,78 zł netto. „Przyjmując, że do wykonania przedmiotowego zadania zostanie oddelegowana siedmiosobowa brygada, to dzienny koszt utrzymania pracowników, przy założeniu wykonania prac przez 380 dni, wyniesie 1.356,22 zł (przy wynagrodzeniu wyższym niż minimalne). Poprawiając omyłkę koszty robocizny wynoszą 515.364,78 zł netto. Do kosztów robocizny omyłkowo zostały doliczone koszty związane z utrzymaniem pracowników biurowych, kierowców dostarczającego regularnie materiał z magazynu na budowę, koszty zatrudnienia kierownika budowy, oraz koszty ochrony placu budowy, jeśli będzie wymagane. Wyżej opisane koszty szacowane są na około 60.000,00 zł netto i powinny zostać uwzględnione w nieprzewidzianych kosztach związanych z realizacją budowy oraz zysku. Po poprawieniu omyłki nieprzewidziane koszty związane z budową oraz zysk wynoszą ok. 346.252,01 zł netto”.

Do ww. pisma odwołujący dołączył m.in. oświadczenie spółki PROINVEST o tym, że „w ofercie nr 08/06/2021/PRDB/Rzgów z dnia 08.06.2021 r. w zaoferowanej cenie na tłocznie ścieków P-1, P-2, P-3 został uwzględniony koszt instalacji napowietrzania ścieków za pomocą rusztu napowietrzającego. Ponadto informuję, że producent podając wycenę tłoczni ścieków określa cenę za komplet, nie rozdzielając ceny na materiały z ceną jednostkową. Zaoferowane tłocznie ścieków P-1, P-2, P-3 wycenione są zgodnie z dokumentacją projektową”.

Pismem z dnia 09.08.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oferty przystępującego, a także o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał:

„1. Wykonawca do wyjaśnień złożonych w dniu 24 czerwca 2021 r. załączył m.in.

poświadczenie oraz ofertę firmy Proinvest sp. z o.o. na potwierdzenie wskazanych kosztów zakupu wraz z montażem i uruchomieniem Tłoczni Ścieków w ilości 3 kpl. Proinvest sp. z o.o. w poświadczeniu z dnia 22 czerwca 2021 r. wskazała, że w przypadku wyboru oferty Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. w postępowaniu zobowiązuje się dostarczyć wyceniony materiał zgodnie z ofertą, która została przygotowana. Natomiast z treści oferty wynika, że oferta ta nie obejmuje systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2021 r. wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. do złożenia uzupełniających wyjaśnień, w tym do wskazania pozycji w kosztorysie ofertowym, w której został ujęty System napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni.

Wykonawca w piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. ogólnikowo wskazał, że wyżej wymieniony system napowietrzania został ujęty w ofercie Proinvest sp. z o.o., co jest sprzeczne z treścią oferty Proinvest sp. z o.o. Ponadto nawet z załączonego do tegoż pisma oświadczenia Proinvest sp. z o.o. nie wynika, że oferta zawiera wyżej wymieniony system napowietrzania a jedynie to, że w ofercie został uwzględniony koszt instalacji napowietrzania ścieków, co nie jest tożsame z systemem napowietrzania. Wobec powyższego wyjaśnienia

Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. w zakresie uwzględnienia w cenie oferty systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w

zbiorniku tłoczni są sprzeczne z treścią pierwotnie złożonych wyjaśnień oraz ofertą Proinvest sp. z o.o. Zamawiający zatem uznał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. nie uwzględnił w ofercie wymaganego systemu napowietrzania.

2. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. w kosztorysie ofertowym w tabeli elementów scalonych przedstawił koszty robocizny na poziomie 515 364,73 zł, natomiast w wyjaśnieniach z dnia 24 czerwca 2021 r. wskazał, że średni dzienny koszt utrzymania jednej siedmioosobowej brygady to ok. 1.514,12 zł netto, co daje całkowitą kwotę za czas realizacji zadania ok. 575.364,73 zł.

Wobec powyższego, Zamawiający wezwał Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. do wyjaśnienia rozbieżności.

W piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 24 czerwca 2021 r. nastąpiła omyłka pisarska dotycząca wyliczenia kosztów robocizny, a co za tym idzie koszty robocizny wynoszą 515 364,73 zł. Ponadto Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. wskazał, że do kosztów robocizny omyłkowo zostały doliczone koszty związane z utrzymaniem pracowników biurowych, kierowców dostarczających regularnie materiał z magazynu na budowę, koszty zatrudnienia kierownika budowy oraz koszty placu budowy, jeśli będzie wymagane. W tym miejscu zaznaczyć należy, że są to kolejne koszty, których Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. nie ujął w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach z dnia 24 czerwca 2021 r., tym samym modyfikując obecnie nieprzewidziane koszty związane z budową oraz zysk. Ciężko uznać za nieprzewidywany koszt utrzymania pracowników biurowych czy tym bardziej kosztów kierowców dostarczających regularnie materiał z magazynu na budowę. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. nie uwzględnił w cenie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz dokonał modyfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co czyni je nieuzasadnionymi i niewiarygodnymi.

W tym miejscu wskazać należy, że wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może prowadzić do zmiany pierwotnie złożonych wyjaśnień i do zmiany treści oferty. Celem procedury przewidzianej w art. 224 ustawy PZP jest uzyskanie wyjaśnień spójnych i ewentualne doprecyzowanie wcześniej już złożonych wyjaśnień, a nie ich zmiana. Powtórzenie wezwania miało na celu uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. na pierwsze wezwanie. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. W wyjaśnieniach z dnia 23 lipca 2021 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. w sposób ogólnikowy stwierdził, że doszło do omyłki pisarskiej i niejako przerzucił nieuwzględnione wcześniej koszty do kosztów nieprzewidzianych, tym samym czyniąc wyjaśnienia niewiarygodnymi.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Budowlanych J. W. w sposób niewłaściwy oszacował cenę oferty a złożone wyjaśnienia, które są wewnętrznie sprzeczne, poddają w wątpliwość możliwość prawidłowej

realizacji przedmiotu zamówienia.”

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 ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika

z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii zaoferowania przez odwołującego systemu napowietrzania, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że do wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r. odwołujący dołączył ofertę spółki Proinvest, w której wyraźnie wpisano, że oferta nie zawiera systemu napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni. W związku z tym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień żądając konkretnych informacji, tj. wskazania pozycji w kosztorysie ofertowym, w której został ujęty system napowietrzania poprzez ruszt zamontowany w zbiorniku tłoczni oraz uszczegółowienia tej pozycji poprzez przedłożenie zamawiającemu wykazu materiałów z przypisaną do każdej pozycji ceną jednostkową. W odpowiedzi z dnia 23.07.2021 r. odwołujący złożył oświadczenie spółki Proinvest, z którego wynika, że w ofercie tego dostawcy został uwzględniony koszt instalacji napowietrzania ścieków za pomocą rusztu napowietrzającego.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że dołączone do drugich wyjaśnień odwołującego oświadczenie dostawcy jest sprzeczne z jego pierwotną ofertą. W tym miejscu należy wyjaśnić, że zamawiający może wezwać wykonawcę po raz drugi do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty po to, aby uzyskać bardziej szczegółowe wyjaśnienia

co do określonej kwestii. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień nie służy natomiast temu, żeby wykonawca mógł zmienić pierwotne wyjaśnienia. Taka zmiana stanowiska wykonawcy może powodować powstanie wątpliwości co do wiarygodności udzielanych przez niego wyjaśnień.

Po drugie, należy zauważyć, że w drugim wezwaniu zamawiający wskazał konkretne informacje, których złożenia oczekuje. Natomiast odwołujący, poza przedłożeniem ww. oświadczenia spółki Proinvest, nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania, tj. nie wskazał pozycji w kosztorysie ofertowym, w której został ujęty system napowietrzania i nie wskazał wykazu materiałów w tym zakresie z przypisaną do każdej pozycji ceną jednostkową. W tym zakresie zatem odwołujący nie udzielił zamawiającemu wyjaśnień.

Podsumowując: odwołujący odpowiadając na drugie wezwanie przedłożył oświadczenie dostawcy sprzeczne z jego pierwotną ofertą, nie odpowiadając jednocześnie na pytania zadane w ww. wezwaniu. W konsekwencji wyjaśnienia odwołującego nie mogą zostać uznane za wiarygodne i uzasadniające cenę jego oferty.

Powyższego nie zmienia fakt przedstawienia w toku postępowania odwoławczego protokołu z negocjacji pomiędzy odwołującym a spółką Proinvest, z którego wynika, że dostawca zobowiązał się, że w uzgodnionej cenie jego oferta będzie obejmować także system napowietrzania. Przede wszystkim dowód ten nie został złożony zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami w sprawie ceny oferty, a ponadto nie stanowi on wyjaśnienia treści oferty spółki Proinvest dołączonej do pierwotnych wyjaśnień odwołującego i nie stanowi odpowiedzi na pytania zamawiającego zadane w drugim wezwaniu.

Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 24.06.2021 r. i 23.07.2021 r. nie dają zatem podstawy do stwierdzenia, że cena jego oferty jest ceną realną, za którą możliwe jest należyte wykonanie zamówienia w pełnym jego zakresie. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, oferta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem. W świetle tego przepisu zamawiający był uprawniony do wskazania art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosząc się do kwestii kosztów robocizny, należy zauważyć, że w kosztorysie ofertowym odwołujący wskazał kwotę 515.364,73 zł jako koszt robocizny. Natomiast w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 24.06.2021 r. dotyczących ceny jego oferty, odwołujący wskazał kwotę 575.364,73 zł jako koszt robocizny. W odpowiedzi z dnia 23.07.2021 r. na drugie wezwanie zamawiającego odwołujący wskazał, że omyłkowo doliczył do kwoty wskazanej w ofercie „koszty związane z utrzymaniem pracowników biurowych, kierowców dostarczającego regularnie materiał z magazynu na budowę, koszty zatrudnienia kierownika budowy, oraz koszty ochrony placu budowy, jeśli będzie wymagane. Wyżej opisane koszty szacowane są na około 60.000,00 zł netto i powinny zostać uwzględnione w nieprzewidzianych kosztach związanych z realizacją budowy oraz zysku. Po poprawieniu omyłki nieprzewidziane koszty związane z budową oraz zysk wynoszą ok. 346.252,01 zł netto”.

Przede wszystkim należy zauważyć, że pierwotne wyjaśnienia odwołującego były niezgodne z treścią jego oferty. Drugie wyjaśnienia natomiast prowadzą do wniosku, że albo w cenie oferty nie zostały uwzględnione koszty wymienione w tych wyjaśnieniach (pracownicy biurowi, kierowcy, kierownik budowy, ochrona placu budowy) albo odwołujący ma problem z jednoznacznym ustaleniem tych kosztów i kosztów robocizny, co czyni jego wyjaśnienia i cenę oferty niewiarygodnymi.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że również w zakresie kosztów robocizny odwołujący nie wykazał, że cena jego oferty jest realna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia w pełnym jego zakresie. Nie można przy tym pominąć faktu, że cena oferty odwołującego jest niższa od innych złożonych w postępowaniu o ok. 2 mln zł, przy średniej cen na poziomie ok. 5 mln zł, co stanowi istotną różnicę. W świetle zatem udzielonych przez odwołującego wyjaśnień, które nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że potwierdził się podnoszony przez przystępującego fakt zmiany przez odwołującego w wyjaśnieniach okresu realizacji zamówienia z 440 dni (w ofercie) na 380 dni (w wyjaśnieniach), co przystępujący tłumaczy próbą wykazania przez odwołującego, że będzie płacił pracownikom co najmniej minimalne wynagrodzenie. Z uwagi jednak na fakt, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, nie powołał się na ww. zmianę oferty, Izba nie dokonuje oceny w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do kwestii nakazania zamawiającemu ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że w niniejszym stanie faktycznym nie ma do tego podstaw. Przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie m.in. przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność lub wzajemną sprzeczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty. W przypadku udzielenia takich wyjaśnień przez wykonawcę, ponawianie próby o ich złożenie należy uznać za działanie naruszające zasady, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie odwołujący był już dwa razy wzywany do złożenia wyjaśnień, a udzielone przez niego odpowiedzi nie rozwiewały wątpliwości co do ceny jego oferty, a jedynie je mnożyły. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, nie zachodzą podstawy do trzeciego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący