

WYROK

Warszawa, dnia 28 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2024 r. przez WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Aquanet S. A. z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - W.T. KANWOD z siedzibą w Węglewie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu żalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3627/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Aquanet S.A. ul. z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane pn. „Suchy Las - kanalizacja sanitarna w ul. Sprzecznej, Lisiej, Zgodnej, Ogrodniczej, Wierzbowej i w rejonie Suchy Las Wschód”. Nr referencyjny: Z/26/2024. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE TED z 04.06.2024 r.: 107/2024 328604-2024

Odwołujący: WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu wniósł 4 października 2024 roku odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 27.09.2024 r.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

– art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 16 pkt 1 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KANWOD W.T. („KANWOD”) z uwagi na to, że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

- art. 239 ust. 1 i art. 16 pkt 1 Ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KANWOD, pomimo tego, że podlega ona odrzuceniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez KANWOD oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, a ponadto dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania, a także dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia udostępnionej Izbie przez Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ofertę, która została sklasyfikowana na pozycji drugiej, uzyskując 85,96 pkt (jedynym kryterium była cena – 100%).

Oprócz KANWOD oraz Odwołującego, oferty zostały złożone jeszcze przez STRABAG Sp. z o.o. (74,35 pkt.), ATA TECHNIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo– Akcyjna (67,81 pkt.) oraz Przedsiębiorstw

Produkcyjno-Handlowe „MELIOREX” Sp. z o.o., która to oferta została odrzucona.

W przypadku odrzucenie oferty KANWOD, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza, z punktacją (100 pkt), co umożliwi wybór oferty Odwołującego i uzyskanie zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Zamawiający pismem nr DW/RP/1168/88336/2024 z dnia 27.08.2024 r. wezwał KANWOD do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty lub jej istotnych części składowych. Zamawiający uszczegółowił swoje żądanie poprzez wskazanie konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego związanych z wykonaniem branży sanitarnej oraz drogowej.

W przypadku branży sanitarnej są to następujące pozycje: 3-17; 45-50; 60-61; 72-75; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509514 oraz 524-526.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że „w celu wyjaśnienia ceny oferty należy podać szczegóły dokonanej kalkulacji do pozycji kosztorysu ofertowego wymienionych powyżej.

Złożone wyjaśnienia oceniane będą także pod kątem podanych przez Państwa składników wyceny”.

DOWÓD: -wezwanie nr DW/RP/1168/88336/2024 z 27.08.2024 r. (w dokumentacji)

KANWOD przedłożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego pismem z 02.09.2024 r.

W zakresie branży sanitarnej (pkt 11 pisma) KANWOD przedłożył wyliczenia jedynie dotyczące Lp 1.4.2, tzn. pozycji 72-75, natomiast odnośnie pozostałych pozycji wskazanych przez Zamawiającego, wskazał: „poniżej przedstawiamy ceny składowe 1 mb przyłącza sieci kanalizacyjnej przy najniższej stawce występującej w kosztorysie ofertowym”.

DOWÓD: -odpowiedź KANWOD z dnia 02.09.2024 r. (w dokumentacji)

II. Odnośnie pozycji kosztorysu ofertowego w ogóle niewyjaśnionych przez KANWOD –

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z dokumentacją techniczną oraz kosztorysem ofertowym, dla pozycji LP. 2.5.2 → Pozycje nr 295 – 323, Lp. 3.1.2 → Pozycje nr 374 – 394, Lp. 3.2.2 → Pozycje nr 425 - 441, Zamawiający wymaga przy pozycji kosztorysu ofertowego branży sanitarnej, objętych wezwaniem do wyjaśnienia ceny, zastosowania dwóch różnych metod technologicznych, tj. technologii wykopu otwartego oraz przecisku pneumatycznego, co wyraźnie wskazano w kosztorysie ofertowym.

Pozycje 72-75 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej dotyczą wyłącznie prac wykonanych w technologii wykopu otwartego.

Z kolei technologia przecisku pneumatycznego znajduje zastosowanie w pozycjach 295-304;

374; 377; 380-383; 425; 426; 428-429 oraz 431-438 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej.

Obie technologie wykonania robót zasadniczo różnią się od siebie, mają różnych charakter, składają się z różnych czynności i wymagają różnego nakładu pracy oraz użycia różnych materiałów i urządzeń. Tym samym – ich składniki cenowe są odmienne.

Oznacza to, że wyjaśnienia pozycji dotyczących wykopu otwartego nie mogą odnosić się do pozycji przecisku pneumatycznego, a ze względu na zastosowanie odmiennych maszyn, urządzeń oraz materiałów (w przypadku zastosowania rur PCV, które zgodnie z pkt. 11 Odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 02.09.2024 r. firma KANWOD zamierza zastosować, na przyłączach wykonywanych w technologii przecisku pneumatycznego, zgodnie z pkt. 6.1.1 Projektu budowlano – wykonawczego – sieć kanalizacyjna – cytat: „dla metody bezwykopowej stosować rury przewodowe z PVC-U (...) poprowadzone w rurach ochronnych. Zastosować rury stalowe osłonowe przeznaczone do technologii bezwykopowych z zewnętrzną warstwą cementową o gr. 7 mm (...) z nałożonymi na zewnątrz trzema warstwami powłok tworzywowych”), ceny jednostkowe tych pozycji również nie mogą być takie same.

III. Z kolei odnośnie pozostałych pozycji wskazanych przez Zamawiającego, a nie niewyjaśnionych przez KANWOD (tzn. 3-17; 45-50; 60-61; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247253; 265-275; 305-323; 375-376; 378-379; 384-394; 427; 430; 439-441; 467-486; 509-514 oraz 524526), o takiej samej jak w poz. 72-75 technologii wykopu otwartego – KANWOD także nie przedstawił żadnych wyjaśnień i wyliczeń na potwierdzenie prawidłowości ich ceny.

Pomimo tej samej technologii, powyższe pozycje różnią się od pozycji 72-75 m.in. lokalizacją przyłączy (różne ulice),

długością przyłączy, głębokością ich posadowienia, sposobem włączenia przyłącza do sieci (poprzez trójnik lub do studzienki kanalizacyjnej zlokalizowanej na sieci – UWAGA: w przypadku włączeń do studzienek na kanałach posadowionych na sieciach o dużych głębokościach, projekt zakładał włączenie za pomocą tzw. „kaskady”, do wykonania której potrzebne są dodatkowe kształtki w postaci trójników, kolan i dodatkowych odcinków rur), co się przekłada na różną pracochłonność, a tym samym cenę jednostkową wykonania 1 mb przyłącza. Ponadto, Zamawiający nie bez przyczyny zaznaczył w kosztorysie ofertowym, iż każda z w/w pozycji różni się – cytata: „pełną lub częściową wymianą gruntu (w zależności od warunków gruntowych na danym odcinku)”, wskazując tym samym i podkreślając, iż poszczególne pozycje nie są ze sobą tożsame.

IV. KANWOD nie udzielił w ogóle odpowiedzi odnośnie poz. 3-17; 45-50; 60-61; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509-514 oraz 524-526, których wyjaśnienia Zamawiający jednoznacznie żądał w wezwaniu z dnia 27.08.2024 r. – cytata: „Zamawiający wzywa do wyjaśnienia wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego (...)” oraz „W celu wyjaśnienia ceny oferty należy podać szczegóły kalkulacji do pozycji kosztorysu ofertowego wymienionych powyżej”.

Z kolei odpowiedź dotycząca poz. 72-75 jest zaledwie szczątkowa i niewyczerpująca.

KANWOD został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (ostatnia strona wezwania Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny).

KANWOD nie przedstawił żadnych wyjaśnień w tym zakresie. Oznacza to, że nie odpowiedział na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca pozostawił zdecydowaną większość pozycji kosztorysowych w zakresie branży sanitarnej, wskazanych przez Zamawiającego oraz kwestię zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego bez odpowiedzi.

Wyjaśnienia KANWOD nie dają możliwości dokonania oceny prawidłowości ceny ofertowej – a taki jest właśnie cel procedury opisanej w art. 224 Ustawy.

Tym samym, odpowiedź KANWOD nie może zostać uznana za prawidłową, co skutkuje zaistnieniem podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Powyższe oznacza, że „wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie ulega więc wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izba. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny” .

Wykonawca składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie może przerzucać na Zamawiającego obowiązek samodzielnego wyliczenia cen, czego dokonał właśnie KANWOD: za słuszne należy przyjąć stanowisko, że nie można przyjąć wyjaśnień za prawidłowe i wystarczające, gdyż zostało sporządzone na dużym poziomie ogólności, jest wręcz lakoniczne.

Wobec takiego założenia badanie ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny musiałoby się odbywać tylko na podstawie załączonych do wyjaśnień ofert, czyli zamawiający musiałby sam sobie wyliczyć i przyporządkować takie wyliczenia pod czynniki wpływające na konkurencyjność złożonej oferty. Jednak nie taki jest cel przepisu art. 224 ust. 1 p.z.p. To nie zamawiający ma wyliczać i się domyślać, ale wykonawca ma wyjaśnić i wykazać, popierając swoje stanowisko odpowiednimi dowodami.”

Tym samym nieudzielenie rzetelnej odpowiedzi na wezwanie, ograniczenie się jedynie do kilku wybranych pozycji kosztorysu ofertowego spośród szeregu pozycji wprost wskazanych przez Zamawiającego, a także całkowity brak uwzględnienia w odpowiedzi kwestii dwóch różnych technologii, (tzn. wykopu otwartego oraz przecisku pneumatycznego), powoduje, że złożone wyjaśnienia są niezgodne z wezwaniem Zamawiającego oraz Ustawą.

Skala nieprawidłowości i braków w piśmie KANWOD powoduje, że faktycznie w ogóle nie odpowiedział on na wezwanie dotyczące wyjaśnienia ceny, a przesłane przez niego wybiórcze wyjaśnienia mają charakter wyłącznie pozorny.

Ponadto nie ma możliwości sanowania braków w odpowiedzi KANWOD.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy 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.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy: odrzuceniu podlega oferta, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Ustawy, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wskazać należy, że „zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 p.z.p. może być skutecznie postawiony w sytuacji, gdy Zamawiający dokona wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona. Wówczas jednak naruszenie owego przepisu jest konsekwencją wcześniej popełnionych przez zamawiającego naruszeń innych przepisów prawa zamówień publicznych (zob. np. wyrok KIO z 16.03.2021 r.)”.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Ustawy, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przyjęcie wyjaśnień ceny złożonych przez KANWOD w sposób rażąco narusza powyższą, fundamentalną zasadę zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, zarzuty zawarte w odwołaniu zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający: AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu w odpowiedzi na odwołaniewniósł o oddalenie Odwołania w całości.

Zamawiający podtrzymuje i potwierdza słuszność wyboru oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KANWOD W.T. („KANWOD”) jako najkorzystniejszej i spełniającej wymogi postępowania przetargowego oraz oświadcza, że przedłożone przez KANWOD wyjaśnienia w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny (dalej: „RNC”) przedmiotowej oferty są dla Zamawiającego wystarczające.

Zamawiający wezwał KANWOD do złożenia wyjaśnień RNC, z racji tego iż wartość zamówienia przekroczyła 30% odchylenia od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wskazuje przy tym, że oceniając ofertę rozważał równocześnie oczywiste okoliczności, które mogły by zadecydować o odstąpieniu od czynności związanych wyjaśnieniem RNC. Z uwagi na fakt, że pewne okoliczności nie były dla Zamawiającego oczywiste, z daleko posuniętej ostrożności, postanowił jednak dopytać oferenta pismem z dnia 27.08.2024 r., o poszczególne pozycje przedmiarowe w celu absolutnego upewnienia się, że Wykonawca zawarł w swojej ofercie wszystkie niezbędne czynniki cenotwórcze i jest w stanie wykonać zamówienie za oferowaną cenę.

Wskazać przy tym należy, że przedmiotowe wezwanie miało charakter ograniczony,

(dotyczyło cen przyjętych dla zakresu stanowiącego +/- 17% całego zamówienia, w tym tylko 5,8% w zakresie przyłączy). Reszta wartości ceny wynikającej z oferty była dla Zamawiającego w pełni uzasadniona. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły zasadniczo metodologii przyjętej przez Wykonawcę w odniesieniu do wyceny przyłączy kanalizacyjnych, które miały być wykonane w ramach zamówienia. Zamawiający podkreśla przy tym, że pomimo iż wezwanie dotyczyło znacznej liczby pozycji kosztorysu to istotna była zasadniczo wyłącznie metodologia obliczeń, która w połączeniu z odpowiednim oświadczeniem KANWOD rozwiewała jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do przyjętych przez KANWOD cen.

Firma KANWOD udzieliła wyjaśnień potwierdzając jeszcze raz, że ich cena jest realna i prawidłowo wyliczona w oparciu o całą dokumentację dołączoną do postępowania przetargowego. Przede wszystkim KANWOD wykazał sposób w jaki kalkulował ceny dla zakresu przyłączy kanalizacji sanitarnej. W szczególności KANWOD – stosując się do oczekiwań

Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu – w sposób szczegółowy opisał i przedstawił wyliczenia potwierdzające, że ceny przyjęte dla przyłączy są realne. KANWOD oświadczył, iż „powyższa cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską, a obiektywną i prawidłową, która gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia w prawidłowy sposób i w określonym terminie”. Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w odniesieniu do pozycji najtańszej w połączeniu z oświadczeniem, że pozostałe (droższe) pozycje są również realne, rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego i pozwoliły uznać wyjaśnienia za skuteczne i wybrać ofertę KANWOD.

Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy, przeanalizowaniu i zweryfikowaniu udzielonych odpowiedzi uznał je za wystarczające i wybrał ofertę KANWOD jako najkorzystniejszą. Pozytywną ocenę przedstawionych wyjaśnień Zamawiający powziął, na podstawie również tego, że Wykonawca przedstawił stosowne oferty materiałowe.

W przypadku rozwiania wątpliwości dotyczących ceny wykonania przyłączy, Wykonawca wyjaśnił to w zaproponowany przez Zamawiającego jako jeden z możliwych sposobów tj. przedstawiając kalkulację ceny podając ceny składające się na wartość pozycji, w szczególności: materiału łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu wraz z robocizną, transportu, zysku, którą to wykonał na przykładzie pozycji 72-75, które cechowały się najniższą ceną jednostkową spośród wskazanych przez Zamawiającego pozycji wynoszącą 358,95 zł/m. Biorąc pod uwagę, że Wykonawca przedstawił składniki cenotwórcze posługując się wyliczeniem dla przykładowych pozycji w których cena jednostkowa była najniższa przy jednoczesnym wykazaniu zysku na tych pozycjach oraz to, że w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż wyceniając pozycje przedmiaru 3-17; 45-50; 60-61; 72-75; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509-514; 524-526 uwzględnił wszystkie niezbędne koszty wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający uznał to wyjaśnienie za wystarczające i rozwiewające jego wątpliwości w tym zakresie. Wobec tych wyjaśnień KANWOD nie można stwierdzić, że oferowane ceny za 1m przyłącza są nierealne. Wykonawca taką cenę zaoferował i jest ofertą związany z Zamawiającym i nie ma podstaw, żeby przyjąć iż cena jest nierealna.

Zamawiający podkreśla, że wobec tego, że pozycje przedmiaru 3-17; 45-50; 60-61; 72-75; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509-514; 524-526 dotyczą zasadniczo jednego zakresu umowy, wyjaśnienia w zakresie pozycji 72-75 traktuje jako referencyjne dla wszystkich ww. pozycji. Takie stanowisko jest uzasadnione z uwagi na fakt, że zasadniczo kwestia obliczenia ceny dla tych pozycji opiera się na podobnych założeniach, w związku z czym szczegółowe wyjaśnienia w zakresie ceny dla pozycji 72-75 (najniższe ceny przyjęte dla całego zakresu, którego dotyczyło wezwanie do wyjaśnień w zakresie RNC) należy traktować jako wyjaśnienia w zakresie pozostałych pozycji, o które pytał Zamawiający. Skoro Wykonawca wykazał – oprócz realności poszczególnych składników cenowych tej pozycji również zysk to logiczne i uzasadnione jest przyjęcie, że tym bardziej dla robót (pozycji kosztorysowych) droższych taki zysk został przewidziany. Potwierdza to dodatkowo wyraźne oświadczenie KANWOD, że pozostałe pozycje, o które pyta Zamawiający również zostały obliczone prawidłowo. Stwierdzenie, że wyliczenie dla pozycji 72-75 stanowi przykład obliczeń dla tych pozycji potwierdza z kolei, że wszelkie pozycje zostały wyliczone w ten sposób. A skoro sposób ten opiera się na realnych ofertach i dodatkowo przewiduje zysk dla pozycji najtańszych, to tym bardziej jest zasadne jest założenie co do realności cen przyjętych dla pozycji droższych. Zamawiający w wezwaniu pytał tylko o część, która wzbudzała jego wątpliwości, przy czym przy podejmowaniu decyzji brał pod uwagę wszystkie pozycje składające się na całkowity koszt przyłącza.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że na inną część dokumentacji postępowania, która wiąże wszystkich Wykonawców – w tym KANWOD i jest również relewantna w kontekście oceny realności cen i nie może być pomijana – również na etapie wyjaśnień RNC. Zgodnie z zapisami preambuły do Scalonego Przedmiaru Robót (dalej SPR): Każda pozycja SPF powinna zostać wyceniona. Pozycje Robót opisanych w SPR, przy których wpisano "zero" lub nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez Zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji SPR. Pozwala to przyjąć, że nawet w przypadku, gdy jakiś element robót (pozycji kosztorysu) nie został wyceniony to należy przyjąć, że i tak Wykonawca jest zobowiązany do jego wykonania – zawarty został w cenie innych pozycji. Skoro zatem Wykonawca wyjaśnił w sposób wyczerpujący i szczegółowy jak kalkulował ceny (na przykładzie kalkulacji dla pozycji 72-75) pozwala to przyjąć – zwłaszcza w połączeniu z oświadczeniem Wykonawcy co do wyceny pozostałych pozycji objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień – że pozycje te zostały obliczone w sposób realny.

Co do złożoności oraz metody wykonania przyłączy kanalizacyjnych Zamawiający potwierdza, iż w opisie przedmiotu zamówienia są również przyłącza do wykonania metodą bezwykopową. Metoda bezwykopowa nie oznacza z definicji, że cena jednostkowa wykonania 1m przyłącza będzie droższa niż metodą wykopu otwartego. Firma KANWOD w przesłanej odpowiedzi potwierdziła, że wykona pełen zakres technologiczny i ujęła wszystkie niezbędne koszty. Cytowany przez Odwołującego fragment zapisów projektu co do zastosowania rury stalowej z zewnętrzną warstwą cementową o gr.

7mm z nałożonymi trzema warstwami powłok tworzywowych nie ma zastosowania w przypadku wykonania przyłączy (których to dotyczyło wezwanie RNC i których to dotyczy zakres Odwołania). Te zapisy odnoszą się do wykonania sieci głównej. Przy przyłączach zgodnie z zapisami dokumentacji wykonawczej należy wykonać „w rurach osłonowych przeciskowych lub z rur kamionkowych przeciskowych DN150”. Co oznacza, że przy zastosowaniu rur kamionkowych nie ma potrzeby stosować rury osłonowej, lub w przypadku wykonania przyłączy z rur PCV należy zastosować rury osłonowe, niekoniecznie stalowe. Zamawiający dopuszcza w ramach konkurencyjności i ogólnie stosowanych materiałów różne wykonania materiałowe jeżeli spełniają zapisy dokumentacji. W projekcie przyłączy jest zamieszczona informacja, iż „Nazwy własne materiałów i urządzeń zamieszczone w dokumentacji projektowej podano jedynie jako przykładowe rozwiązania. Mogą być stosowane materiały i urządzenia równoważne pod warunkiem spełnienia wymagań zawartych w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Urządzenia oraz aparaturę elektryczną dobrano dla konkretnych, przykładowych urządzeń technologicznych. Zamiana w/w urządzeń technologicznych może spowodować konieczność doboru innych urządzeń i aparatów elektrycznych i stąd koniecznych zmian w projekcie wykonawczym dla uzyskania kompatybilności rozwiązań”. Dlatego też mylnym i wprowadzającym w błąd jest cytowanie zapisów z projektu sieci kanalizacji jakoby miały mieć zastosowanie w projekcie przyłączy. A jeżeli Odwołujący przytacza już te zapisy, to powinien również wskazać inne materiały dla robót bezwykopowych, które są dopuszczone w projekcie sieci. W związku z tym argumentacja, że KANWOD powinien przyjąć do wyceny prac objętych wezwaniem do wyjaśnień RNC ceny rur stalowych jest bezprzedmiotowa i w żaden sposób nie zaprzecza prawidłowości wyliczeń przedstawionych przez KANWOD (w zasadzie dotyczy to kwestii, która w ogóle nie jest objęta zakresem Odwołania, bowiem, nie dotyczy cen objętych wezwaniem RNC).

Podkreślenia wymaga także, że zamawiający jest podmiotem doświadczonym na rynku, którego dotyczy zamówienie i z uwagi na przeprowadzenie i rozstrzygnięcie kilkuset postępowań tego typu posiada wiedzę, która w połączeniu z wyjaśnieniami w zakresie RNC KANWOD pozwoliła założyć, że ceny przyjęte przez KANWOD są realne. Przedstawion przez Wykonawcę sposób obliczenia cen dla przykładowej najtańszej pozycji w połączeniu z wyraźnym oświadczeniem Wykonawcy oraz know-how Zamawiającego pozwoliły uznać wyjaśnienia RNC złożone przez KANWOD za wystarczające.

Odnosząc się do zarzutu, iż KANWOD rzekomo nie odniósł się do wezwania w zakresie zgodności ceny z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, Zamawiający oświadcza, że KANWOD w swoich wyjaśnieniach w punkcie 7 odniósł się do tego aspektu, co Zamawiający uznał za wystarczające i przekonujące. Zamawiający nie oczekiwał w tym zakresie, żadnych konkretnych dowodów, a ich brak nie stanowi podstawy do przypuszczenia, że oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: W.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: KANWOD W.T., Węglew, 62-590 Golina, wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie przystępującego zgłoszone przez odwołującego zarzuty są co do zasady błędne i bezpodstawne, a dodatkowo wadliwie skonstruowane i dlatego nie mogą się ostać.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zamawiający faktycznie zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności podania sposobu kalkulacji dwóch elementów robót budowlanych, tj. przyłączy sieci kanalizacyjnych oraz odtworzenie nawierzchni na drogach, zaś zarzuty odwołującego dotyczą przede wszystkim wartości robót wykonywanych bezpośrednio przez przystępującego, w związku z przyłączami do sieci kanalizacyjnej.

Tym samym należy przyjąć, że wyjaśnienia przystępującego co do „robót drogowych”, które będą wykonane przez podwykonawcę nie budzą żadnych wątpliwości odwołującego, o czym świadczy fakt niesformułowania w tym zakresie żadnych zarzutów.

Zwrócić należy uwagę, że odwołujący skupił się przede wszystkim na kosztach przyłączy i stwierdził, że wyjaśnienia przystępującego są w tym zakresie ogólnikowe i niepełne, i dotyczą tylko przyłączy opisanych w przedmiarze robót pod pozycją 72-75.

Odwołujący nie podważył zasadnie jednakże składników cenotwórczych podanych przez przystępującego przy tego typu robotach i przyjąć należy, że ta kalkulacja jest prawidłowa, gdyż również zaakceptował ją zamawiający, ponieważ odpowiadała ona zaproponowanemu przez zamawiającego sposobowi przedstawienia kalkulacji przy podaniu cen jednostkowych w zakresie materiałów, pracy sprzętu wraz z robocizną, transportu i zysku.

W swoich wyjaśnieniach przystępujący potwierdził poprawność wyceny pozostałych pozycji przedmiaru wyszczególnionych w wezwaniu i podał w pkt 11 odpowiedzi, że na podstawie dotychczasowych prac oraz

doświadczenia w wykonawstwie firma przyjęła następujące założenia co do przyłączy kanalizacyjnych i przedstawiła ceny składowe jednego metra przyłącza sieci kanalizacyjnej przy najniższej stawce występującej w kosztorysie ofertowym, które to stawki obowiązywały również przy wszystkich innych pozycjach dołączonych przyłączy.

Tak więc należy przyjąć, że przystępujący w sposób prawidłowy po wezwaniu przez zamawiającego przedłożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i w sposób należyty wykazał za pomocą przedłożonych dodatkowo dokumentów, że jego oferta zawiera cenę wiarygodną, realistyczną i umożliwiającą realizację przedmiotu zamówienia w wymaganym terminie przez tegoż wykonawcę, tym bardziej w sytuacji gdy zastrzeżenia odwołującego dotyczą tylko drugorzędnych robót (przyłączy), których łączna wartość (wszystkich przyłączy tego typu) stanowi jedynie 4% całego zaoferowanego wynagrodzenia przez przystępującego i w praktyce ma niewielkie znaczenie ekonomiczne przy kalkulacji ceny ofertowej.

Jest rzeczą oczywistą, co potwierdzają wyjaśnienia przystępującego, że z uwagi na długoletnią współpracę i wiarygodność finansową firmy KANWOD W.T., która przy zakupie materiałów i towarów na realizację inwestycji stosuje formę przedpłat, i że cena za dane elementy robót czy dostaw jest bardzo atrakcyjna, i dużo bardziej korzystna dla przystępującego, niż dla innych podmiotów działających na rynku.

Przystępujący kategorycznie twierdzi, że nie tylko wyjaśnił w sposób należyty cenę w pozycji przyłączy, ale również z „ostrożności procesowej” przedstawił wszystkie czynniki mające wpływ na zaproponowaną cenę brutto, zarówno co do całej ceny ofertowej, jak również co do ceny elementu budowy jakim są przyłącza, czy roboty drogowe, podając w wyjaśnieniach argumentację potwierdzoną dowodami w postaci dokumentów (np. zakupu materiałów i wykazu sprzętu).

Przystępujący stanowczo twierdzi, że w wyjaśnieniach jednoznacznie stwierdził, że w pozycjach dotyczących wszystkich przyłączy zastosował te same wielkości składników cenotwórczych i przedstawił stosowną kalkulację dla pozycji 72-75, która jest reprezentacyjna do wszystkich innych przyłączy, zaś niewielkie różnice wynikają jedynie z faktu, że w różnych ulicach wykopy były usytuowane na różnych (choć zbliżonych) głębokościach.

Dodatkowo przystępujący zwraca uwagę, że w opisie pozycji dotyczących przyłączy zamawiający przewidział i dopuszczał możliwość wartości szacunkowych, gdyż oczywistym jest, że w każdej pozycji przyłącza zawarł zapis: „o pełnej lub częściowej wymianie gruntu” i dlatego też wykonawcy winni przy tej „niewiadomej” uśrednić wartość 1m przyłącza i ewentualnie minimalnie je zróżnicować w zależności od konfiguracji przyłącza.

Należy podkreślić, że odwołujący poza przedstawieniem swoich dywagacji co do oferty firmy KANWOD W.T. nie przedstawił żadnej prawidłowej argumentacji, która by świadczyła, że zamawiający w szczególności naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp, mówiący o obowiązku odrzucenia oferty jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp jedynie w sytuacji pewności, iż po złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, w takim sposób aby osiągnąć zysk. W tym miejscu stwierdzić należy, że zysk z realizacji tego przedsięwzięcia przystępujący osiągnie, bo taki przewidział zarówno w cenie ofertowej, jak również w cenach każdej pozycji i wartość ta ujawniona w pozycji 72-75 przez nikogo nie była podważana.

Należy zwrócić uwagę, że cena ofertowa i planowany do osiągnięcia zysk przewidziany przez wykonawcę powiązane są z okolicznościami zawartymi w punktach 4-12 wyjaśnień, z których jednoznacznie wynika skąd się biorą oszczędności i niższe koszty przystępującego (głównie z tytułu krótkiej realizacji inwestycji i wykonywania większości robót samodzielnie, za wyjątkiem robót drogowych). W punkcie 7 wyjaśnień zawarte są informacje o przestrzeganiu przez przystępującego przepisów dotyczących kosztów pracy, prawa pracy, itp.

W niniejszej sprawie oferta firmy KANWOD W.T. nie tylko nie zawiera rażąco niskiej ceny, jak również błędów w szacowaniu poszczególnych pozycji przedmiaru, ale jest także zgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego i nie dopatrył się po jego stronie żadnych błędów czy uchybień.

Zdaniem przystępującego jego cena ofertowa spełnia wszystkie powyższe wymogi. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Wobec zaistnienia ustawowej przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp do przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, wezwał on wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Rzeczywiście, jak słusznie podniósł odwołujący, w wezwaniu zamawiający wskazał i wymienił szereg pozycji kosztorysowych, wymagających wyjaśnienia. Wykonawca wezwany przedstawił kalkulację dla pozycji 72 – 75 wskazując na wielkość składników w rozbiciu na robociznę, materiały i sprzęt.

W tym miejscu zauważyć należy, że wezwanie zamawiającego dotyczyło podania sposobu kalkulacji dwóch elementów robót budowlanych, tj. przyłączy sieci kanalizacyjnych oraz odtworzenie nawierzchni na drogach, zaś zarzuty odwołującego dotyczą przede wszystkim wartości robót wykonywanych bezpośrednio przez przystępującego, w związku z przyłączami do sieci kanalizacyjnej, natomiast wyjaśnienia przystępującego co do robót drogowych, które będą wykonane przez podwykonawcę nie zostały zakwestionowane.

Jak zauważył zamawiający, jego wezwanie miało charakter ograniczony, jako że dotyczyło wątpliwości co do cen przyjętych dla zakresu stanowiącego +/- 17% całego zamówienia, w tym tylko 5,8% w zakresie przyłączy. Reszta wartości ceny wynikającej z oferty była dla zamawiającego w pełni uzasadniona. Zamawiający podkreślił przy tym, że pomimo iż wezwanie dotyczyło znacznej liczby pozycji kosztorysu, to istotna była zasadniczo wyłącznie metodologia obliczeń, która w połączeniu z odpowiednim oświadczeniem wykonawcy rozwiała wątpliwości zamawiającego w odniesieniu do zadeklarowanych cen.

Zamawiający stwierdził nadto, że firma KANWOD udzieliła wyjaśnień potwierdzając, że cena jest realna i prawidłowo wyliczona w oparciu o całą dokumentację postępowania, a przede wszystkim w kalkulacji ceny dla przyłączy kanalizacji sanitarnej.

W sprawie niesporne jest, że wykonawca przedstawił wyjaśnienia w formie kalkulacji dla pozycji najtańszej w połączeniu z oświadczeniem, że pozostałe (droższe) pozycje są również realne. Zamawiający uznał tę metodę za poprawną mając na uwadze, że rodzaje prac są powtarzalne i porównywalne.

Jak stwierdził zamawiający, a izba tę ocenę podziela, wykonawca przyjął jeden z możliwych sposobów tj. przedstawiając kalkulację ceny podając ceny składające się na wartość pozycji, w szczególności: materiału łącznie z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu wraz z robocizną, transportu, zysku, którą to wykonał na przykładzie pozycji 72-75. Te właśnie pozycje cechowały się najniższą ceną jednostkową spośród wskazanych przez zamawiającego pozycji wynoszącą 358,95 zł/m. Innymi słowy, Wykonawca przedstawił składniki cenotwórcze posługując się wyliczeniem dla przykładowych pozycji w których cena jednostkowa była najniższa przy jednoczesnym wykazaniu zysku na tych pozycjach oraz to, że w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż wyceniając pozycje przedmiaru 3-17; 45-50; 60-61; 72-75; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509-514; 524-526 uwzględnił wszystkie niezbędne koszty wymienione w opisie przedmiotu zamówienia.

Wyspecyfikowane pozycje przedmiaru 3-17; 4550; 60-61; 72-75; 84-88; 102-117; 145-175; 217-227; 247-253; 265-275; 295-323; 357-363; 374-394; 425-441; 467-486; 509-514; 524-526 dotyczą zasadniczo jednego zakresu umowy, a wyjaśnienia w zakresie pozycji 72-75 uznane zostały za referencyjne dla wszystkich ww. pozycji. Stwierdzenie, że wyliczenie dla pozycji 72-75 stanowi przykład obliczeń dla tych pozycji potwierdza z kolei, że wszelkie pozycje zostały wyliczone w ten sposób. A skoro sposób ten opiera się na realnych ofertach i dodatkowo przewiduje zysk dla pozycji najtańszych, to tym bardziej jest zasadne jest założenie co do realności cen przyjętych dla pozycji droższych. Pozwala to przyjąć, w połączeniu z oświadczeniem wykonawcy co do wyceny pozostałych pozycji objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień – że pozycje te zostały obliczone w sposób realny.

Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że zamawiający dysponuje znaczącym doświadczeniem w przedmiotowej branży, jako inwestor kilkuset inwestycji tego rodzaju. Nie ma przeszkód prawnych, by dokonując oceny ofert i wyjaśnień wykonawców, wiedzy tej i doświadczenia, użyć, w tym m. in. co do metod wykonania przyłączy kanalizacyjnych i ich kosztów.

W świetle powyższego należy uznać, że wykonawca przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny w pozycjach wymagających opisu, a metoda, którą przyjął, jedynie z pozoru nie obejmowała wszystkich pozycji, bowiem wyjaśnienie odniósł do pozycji kosztorysowych, które zamawiający wskazał.

Wobec zatem uznania, że zamawiający uzyskał wyjaśnienia, nie ma podstaw do uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 pzp, którego naruszenie jest kluczowym zarzutem odwołania. Jak potwierdził odwołujący, zarzut ma charakter formalny, jako że dotyczy negatywnej oceny wyjaśnień przystępującego, a nie dokonania wyboru oferty z ceną rażąco niską. Z tego też względu nie przedstawiano argumentów na okoliczność ceny o rażąco niskiej wysokości, a w tym względzie jedynie powołano naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....