

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Marta Słoma**
Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **H. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M. z siedzibą w Łozienicy**

w postępowaniu prowadzonym przez **AQUANET Spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Terlan Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz WUPRINŻ Spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **H. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H.M.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **H. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MA. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M.** tytułem wpisu od odwołania.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

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

Zamawiający – AQUANET Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę magistrali i sieci wodociągowej w Kórniku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 250-626161. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – H. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. – Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych H. M. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także przepisów art. 22, art. 7 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mającego wpływ na wynik postępowania, skutkującego pozbawieniem Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiającego w niniejszym postępowaniu naruszył zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dążył do zdyskredytowania oferty Odwołującego, czego potwierdzeniem jest treść obu wezwań wystosowanych przez Zamawiającego, nie uzasadnionych w żaden sposób, nie znajdujących oparcia w wymaganiach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w kryteriach oceny ofert (np. wskazanie wątpliwości z uwagi na odległość siedziby firmy od miejsca realizacji inwestycji).

Wezwanie z 15 kwietnia 2021 r. oraz ocena złożonych wyjaśnień z 17 czerwca 2021 r. narusza art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności z uwagi na niewskazanie, jakie wątpliwości Zamawiający powziął w związku ze złożoną ofertą, nieuprawnione wykorzystanie procedury do czynności nie przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skutkujących wymaganiem od wykonawcy sporządzenia i przedstawienia, w bardzo krótkim czasie, szczegółowych dalszych kosztorysów nie znajdujących uzasadnienia w dostarczonym wykonawcom przedmiarze robót, jak również niedokonaniu oceny oferty wraz z wyjaśnieniami i podjęciu po ich złożeniu czynności w zupełnie odmiennej procedurze, objętych wezwaniem z 14 maja 2021 r.

Zamawiający naruszył dodatkowo przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stosując procedurę określoną w tym przepisie pomimo braku podstaw do jej zastosowania,

gdyż w świetle wariantowego charakteru złożonej oferty jej cena nie kwalifikowała się do zastosowania powołanej tam procedury.

W następstwie oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający naruszył powołane przez siebie przepisy: art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – jego powołanie w treści rozstrzygnięcia przez Zamawiającego uznać należy za szczególnie znamienne biorąc pod uwagę sposób prowadzenia postępowania wobec Odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – gdyż Zamawiający nie wykazał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – gdyż ocena złożonych wyjaśnień (a Zamawiający w wezwaniu do ich złożenia nie wykazał, w jakim zakresie cena budziła wątpliwości – odwołanie do załącznika uznać należy za brak jakiegokolwiek wyjaśnienia ze strony Zamawiającego, który w istocie wprowadza dokument nie znany w postępowaniu) została dokonana z naruszeniem zasad określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo uzasadnienie rozstrzygnięcia wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a, art. 22c, art. 22d, art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – przez ocenę przez Zamawiającego złożonej oferty z uwzględnieniem kryteriów nie wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie lokalizacji, zdolności technicznej i zawodowej, zdolności ekonomicznej w sytuacji, gdy oferta spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia jej oceny, a z ostrożności – o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że, zgodnie z rozdziałem 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dopuścił składanie w postępowaniu ofert wariantowych, nie przewidując w sytuacji ich złożenia żadnych dodatkowych szczegółowych wymogów. Oferta Odwołującego była oparta o założenie wykonania magistrali z rur z żeliwa sferoidalnego dopuszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert jest to najkorzystniejsza oferta w postępowaniu.

15 kwietnia 2021 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia pismo wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wskazując w nim: „W celu weryfikacji Państwa oferty, jak również ustalenia stopnia gotowości Państwa firmy do realizacji kontraktu prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ”. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w swoim wezwaniu winien szczegółowo określić, co budzi jego

wątpliwości w treści oferty i w jakim zakresie oczekuje w związku z tym wyjaśnień od wykonawcy. W piśmie tym Zamawiający wskazał, w 63 pozycjach, jakich w szczególności wyjaśnień oczekuje. W przeważającej większości (45 przypadków) zapytania te zmierzały do uzyskania szczegółowych oświadczeń w zakresie elementów oferty nie wymaganych postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Zamawiający oczekiwał bardzo szczegółowego rozbicia wypełnionych pozycji przedmiarowych na dalsze bardzo szczegółowe subpozycje, czego nie przewidziano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiar dostarczał sam Zamawiający, decydując o jego formie, szczegółowości i sposobie wypełnienia.

Odwołujący, pismem z 26 kwietnia 2021 r., wskazał na brak uzasadnienia takiego postępowania, tym bardziej, iż Zamawiający w swoim wezwaniu nie wskazał, jakie wątpliwości skutkowały koniecznością zastosowania procedury składania wyjaśnień, które w formie narzuconej przez Zamawiającego stanowiłyby co najmniej zmianę lub negocjowanie złożonej oferty i w konsekwencji naruszały art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dla wykonawców wyłącznie wiążące są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która w zakresie składania ofert wariantowych w rozdziale 3. wskazała, iż dopuszcza oferty wariantowe „polegające na możliwości zaoferowania przez Wykonawcę innego sposobu wykonania zamówienia, aniżeli ten opisany w dokumentacji projektowej oraz STWiOR, tj. na możliwości wykonania magistrali DN500 i DN400 z rur z żeliwa sferoidalnego lub z rur PE100 RC o parametrach opisanych w dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Wykonawca zobligowany jest do wskazania w ofercie czy wykona zobowiązanie przy użyciu rur stalowych, czyli zgodnie z dokumentacją projektową oraz STWiOR, czy też składa Zamawiającemu ofertę wariantową i będzie wykonywał zamówienie z rur PE100 RC lub z rur z żeliwa sferoidalnego”. Szczegółowe wymagania, jakie musi spełnić oferta wariantowa opisane zostały w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót ST-05.01 Sieci sanitarne – punkt 2, punkt 2.1.3, punkt 2.1.4, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót ST-00 Wymagania ogólne – punkt 2.4 oraz w umowie. Przy tym żadne z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i STWiOR nie przewidywało po stronie wykonawcy składającego ofertę wariantową konieczności wykazania innych elementów kosztorysu ofertowego wymaganego postanowieniem części 11, pkt 11.6 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani rozbijania pozycji przedmiaru dostarczonego przez Zamawiającego na dalsze subpozycje. Tego zaś ewidentnie wymagał Zamawiający co najmniej w punkcie: 2, 3 zd. pierwsze, 5, 7, 9, 12 zd. pierwsze, 14, 15, 17 zd. pierwsze, 19, 21, 23, 25, 27, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 43, 45, 46, 48, 49, 51, 52, 53 wezwania do złożenia wyjaśnień, co mogłoby stanowić niedozwolone uzupełnienie oferty. Krajowa Izba Odwoławcza kwestionuje w swym orzecznictwie podobne praktyki.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał na jednoznaczne i wyczerpujące określenie w zapisach części opisowej wycenionego przedmiaru, iż „Jeżeli nie wskazano inaczej w Umowie, to Umowa będzie obejmowała całość robót, jak określono w Dokumentacji Projektowej i w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w oparciu o stawki jednostkowe i ceny podane w wycenionym Przedmiarze Robót. Ceny jednostkowe i wartości podane w Przedmiarze Robót powinny być wartościami globalnymi, stanowiąc całkowitą, wszystko obejmującą wartość robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne dla wykonania opisanych robót razem z wszystkimi robotami tymczasowymi i instalacjami, które mogą okazać się niezbędne, oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w Umowie lub z niej wynikające. Przyjmuje się, że koszty organizacyjne, ogólne, zysk i dodatki dotyczące wszystkich zobowiązań do wykonania przedmiotu Umowy są równo rozłożone na wszystkie ceny jednostkowe Przedmiaru Robót. Ceny jednostkowe i wartości powinny być wprowadzone dla każdej pozycji Przedmiaru Robót. Pozycje Robót opisanych w Przedmiarze Robót, 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 Przedmiaru Robót. Ceny jednostkowe i wartości podane przez Wykonawcę w wycenionym Przedmiarze Robót stanowiącym Kosztorys ofertowy powinny uwzględniać wszystkie elementy zawarte w Dokumentacji Projektowej oraz STWiORB, tj. wszystkie obiekty wraz z wyposażeniem oraz czynności i roboty budowlane związane z ich wykonaniem, zamówieniem, dostawą, budową, montażem i uruchomieniem, tak aby zaprojektowane elementy zostały wykonane poprawnie z punktu widzenia celu jakiego mają służyć, zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi, normami, zapisami projektów wykonawczych i branżowych specyfikacjach wykonania i odbioru robót budowlanych”. Odwołujący wskazał jednocześnie, iż ofertę złożył mając świadomość złożoności przedmiotu zamówienia, kierując się wieloletnim profesjonalnym doświadczeniem w zakresie realizacji podobnych robót budowlanych, uwzględniając w cenie oferty wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co znajduje potwierdzenie w treści formularza ofertowego – wypełnionego, podpisanego i złożonego w postępowaniu. Przyjęta technologia wykonania robót jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem dopuszczonego przez Zamawiającego wariantu oferty, a szczegółowe rozwiązania możliwe będą do przedstawienia w projekcie zamiennym, z uwzględnieniem wymogów niezbędnych dla jego zatwierdzenia.

W przypadku oferty wariantowej obowiązek szczegółowego określenia kryteriów oceny oferty spoczywa na zamawiającym, co potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Działania Zamawiającego ocenić można jedynie bądź jako próbę sanowania braków w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź jako próbę zdyskredytowania oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający nie uzasadnił, na czym miały polegać wątpliwości co do oferty lub osoby Odwołującego, tym bardziej, iż spełniał wszystkie kryteria w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdolności technicznej oraz zdolności finansowej.

W zakresie, w jakim zapytania Zamawiającego nie były niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący udzielił wyjaśnień, przy czym ich kwestionowanie przez Zamawiającego jako ogólnikowych wydaje się działaniem chybionym, biorąc pod uwagę charakter zadanych pytań, na które stanowiły odpowiedź (Zamawiający przede wszystkim wymagał jedynie potwierdzenia).

14 maja 2021 r. Zamawiający wystosował drugie wezwanie stwierdzając (ponownie bez żadnego uzasadnienia poza załącznikiem), iż „cena Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, przy czym ponownie nie wskazał, na czym te wątpliwości miałyby polegać. Pomimo wcześniejszych wyjaśnień Zamawiający do wezwania załączył nowy, nieznan w postępowaniu dokument w postaci niewymienionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia arkusza .xls z niewskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia instrukcją wypełniania, dotyczącego skrajnie szczegółowych informacji związanych z realizacją zamówienia wariantowego, których wypełnienie na etapie składania ofert nie jest w ogóle możliwe (Zamawiający np. wymagał podania szczegółowych ilości przy braku możliwości określenia powyższych danych przed przystąpieniem do realizacji robót).

Zachowanie Zamawiającego w tym względzie jest pozbawione jakiegokolwiek konsekwencji – wprawdzie bowiem w piśmie z 15 kwietnia 2021 r. zażądał m.in. rozbicia pozycji kosztorysowych na dalsze subpozycje (wymagające w istocie dalszego przedmiarowania, gdy załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy zakłada, iż projekt zamienny zostanie złożony po rozpoczęciu realizacji inwestycji), następnie zaś uznał w oparciu o te same dane, którymi dysponował przy wystosowaniu pierwszego wezwania, iż złożona oferta jest obciążona rażąco niską ceną, nie wyjaśniając tego. Potwierdza to, że zachowanie Zamawiającego nie znajdowało uzasadnienia w powołanym przez niego przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i było wyłącznie działaniem intencjonalnym mającym na celu przerzucenie na Odwołującego ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, kompetencja zamawiającego do zastosowania tego przepisu ograniczona jest do sytuacji wątpliwości bądź to w zakresie ceny (całkowitej), bądź kosztu (całkowitego), bądź istotnych elementów składowych ceny, a więc elementów mających wpływ na ogólną cenę ofertową. Izba wskazała, iż nawet jeśli niektóre oferowane

ceny jednostkowe znacząco odbiegają od przyjętych w obrocie, to nie mają one wpływu na ocenę zaoferowanej ceny jako realnej, czyli nie noszącej znamion rażąco niskiej.

W niniejszej sprawie, z uwagi na zastosowany wariant oferty, brak jest podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zaoferowana cena całkowita oferty, uwzględniając przyjęte rozwiązanie wariantowe, nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o VAT ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, gdyż, z uwzględnieniem wariantowego charakteru oferty, jest ona niższa od budżetu Zamawiającego o 4,1 %, co potwierdza jej adekwatność i brak uzasadnienia zastrzeżeń Zamawiającego do jej wysokości. Wynika to z faktu, że w kryteriach oceny ofert Zamawiający przyznawał 40 punktów za wykorzystanie rury stalowych, 30 punktów za wykorzystanie rur żeliwnych 30 pkt i 23 punkty za wykorzystanie rur PE RC. Budżet Zamawiającego przy założeniu wykorzystania rur stalowych to 74.877.288, 78 zł brutto, zatem budżet rur żeliwnych (-10% różnicy w kryterium) to 62.397.740,65 zł brutto. Cena oferty Odwołującego po korekcie wynosi 59. 857.586,41 zł brutto.

W związku z powyższym, pismem z 24 maja 2021 r., Odwołujący wykazał brak podstaw do zastosowania narzucanej przez Zamawiającego procedury, jednocześnie wyjaśniając sposób obliczenia ceny ofertowej i załączając dowody potwierdzające przyjęte wyliczenia, przede wszystkim w zakresie kosztów dostaw realizowanych przez podmioty trzecie, wskazując na posiadaną bazę sprzętową, potencjał ludzki i doświadczenie umożliwiające zrealizowanie zamówienia za zadeklarowaną cenę ofertową.

Zamawiający, 17 czerwca 2021 r., odrzucił ofertę Odwołującego. Stanowisko Zamawiającego jest wadliwe i wymaga skorygowania w wyniku postępowania odwoławczego. Dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający „ujawnił” swoje wątpliwości co do złożonej oferty, które mają charakter następczy w stosunku do złożonych wyjaśnień i zmiernie do zdyskredytowania oferty oraz wskazują na niekonsekwencję prowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Porównywanie oferty firmy HUSAR nie ma się nijak do ustaleń wewnętrznych dla ceny kontraktu przez każdą firmę, które zależne jest od kondycji firmy, ilości realizowanych inwestycji, założonych marży i innych czynników, z których Zamawiający nie powołał żadnego, skutkiem czego twierdzenia Zamawiającego uznać należy za gołosłowne. Twierdzenie Zamawiającego, że żeliwo jest materiałem droższym od rur stalowych, wskazuje, że Zamawiający wiedział o tym na etapie przygotowania postępowania. Skoro Zamawiający dysponował taką wiedzą, a treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego ujawnia szereg wątpliwości Zamawiającego co do takiej technologii, niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający skonstruował punktację w taki sposób, że przy zastosowaniu rur żeliwnych, które uważał za droższe, konieczne było zaoferowanie w tym wariantcie niższej ceny.

Same wątpliwości Zamawiającego nie upoważniają go do zmiany reguł postępowania po złożeniu ofert, w szczególności w zakresie oceny ofert złożonych wariantowo w oparciu o kryteria, których próżno szukać w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonanie inwestycji z rur żeliwnych wiąże się z szybszym czasem wykonania oraz jest dużo łatwiejsze niż w przypadku rur stalowych. Czas ten wpływa na okres realizacji inwestycji, a w konsekwencji na koszty robocizny, sprzętu oraz kosztów okołobudżetowych, np. noclegów pracowników, diet pracowników, kosztów zaplecza, kosztów zajęcia dróg itd. Inwestycja według Zamawiającego powinna trwać do 36 miesięcy, co w przypadku układania rur stalowych może się okazać okresem minimalnym, jednak w przypadku układania rur żeliwnych okres ten jest możliwy do znacznego skrócenia. Wykonanie inwestycji w szybszym czasie będzie znacznie obniżało koszty dla wykonawcy. Dodatkowo zaproponowana technologia generuje inne koszty dotyczące wykonania np. tymczasowych dróg objazdowych, których w przypadku zaproponowanych technologii (bardzo szybkiego czasu wykonania) można w znacznej części uniknąć. Czas układania w zaproponowanej przez Odwołującego technologii decyduje o znacznym obniżeniu kosztów okołorealizacyjnych w stosunku do realizacji w technologii rur stalowych (koszt utrzymania potencjału ludzkiego, praca środków transportu, utrzymanie dróg dojazdowych, itp.).

Ofertę Odwołującego należy rozpatrywać w aspekcie całościowym, przy założeniu, że: 1) koszt zakupu ok. 100% materiału żeliwnego i armatury do wykonania sieci wodociągowej to 15.432.534,95 zł + VAT, 2) koszt zakupu materiału – kruszywo granitowe do wykonania zadania to kwota 1.269.600,00 zł + VAT, 3) koszt rur przewiertowych o wartości 615.832,00 EUR x 4,53 zł/EUR to 2.789.265,96 zł + VAT, 4) koszt robót bitumicznych – asfalty uwzględnione w ofercie – ok. 945.216,09 zł + VAT, co daje w sumie kwotę 20.436.617,00 zł netto i 25.137.038,91 zł brutto. Pozostałe roboty montażowe, przewiertowe, żelbetowe i odtworzeniowe Odwołujący wykonuje we własnym zakresie, siłami własnymi, przy użyciu własnych pracowników i sprzętu. Zatem oferowana cena 59.857.586,41 minus 25.137.038,91 (podstawowe materiały) pozostawia do dyspozycji firmy kwotę 34.720.547,50 zł brutto, za którą Odwołujący jest w stanie wykonać zadanie i wypracować zysk. Pozostałe koszty: badania wody, próby, beton i stal, zakwaterowanie ludzi, ubezpieczenie, zajęcia dróg, itp. to znikomy procent tej kwoty, poza tym w znacznej części obejmują one stałe koszty ponoszone w związku z przyjętym modelem działalności (zatrudnieni pracownicy, własny park sprzętowy). Zamawiający twierdzi, iż nie kwestionuje listów referencyjnych na realizację inwestycji w Swarzędzu i Lesznie, które wykazywały spełnienie wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie mieli spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, zgodnie z rozdziałem 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dopiero w piśmie z 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający stwierdził, iż skoro Odwołujący ma siedzibę w Łozienicy, to doświadczenia tego nie posiada, narzucając w istocie dodatkowy warunek sprzeczny nie tylko z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a, art. 22c, art. 22d, art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też z zasadą równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że „znaczna część inwestycji znajduje się na terenach leśnych o wąskich pasach roboczych”, nie wiadomo jednak, jaki miałyby mieć to wpływ na odległość siedziby Odwołującego od miejsca realizacji robót. Zdaniem Odwołującego sam kontrakt w wykonaniu nie jest trudny, wodociąg biegnie przez tereny leśne, pobocza dróg głównych, drogi polne i przylegające do niezbyt gęstej zabudowy. Nie jest on usytuowany w centrach miast, gdzie należy spodziewać się dużych ilości kolizji i przestojów. Odwołujący na rynku ma nieposzlakowaną opinię oraz olbrzymie doświadczenie i wykonywał dużo trudniejsze inwestycje bez większych kłopotów, czego dowiódł przedkładając dodatkowe referencje.

Wątpliwości Zamawiającego co do oceny wiedzy i doświadczenia Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriach oceny przedmiotowych walorów wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, które Odwołujący spełnia w całości. Zamawiający ustawił bardzo wysokie warunki udziału w postępowaniu, a Odwołujący spełnia je z nadwyżką, co daje pogląd na temat kondycji finansowej firmy i możliwości finansowania inwestycji.

Co do oceny Zamawiającego, że niektóre odpowiedzi Odwołującego były zbyt ogólnikowe, Odwołujący wskazał, że szczegółowe odpowiedzi przekazał dla wiodących głównych prac, które stanowią 95 % wartości materiałów dla inwestycji, natomiast do reszty odniósł się odpowiednio przejrzysto i potwierdził posiadaną wiedzę dotyczącą specyfikacji, kontraktu oraz warunków wykonania.

Co do zarzutu niewypełnienia arkusza przedstawionego przez Zamawiającego, Odwołujący wypowiedział się co do jego niedopuszczalności. Zamawiający przesłał dodatkowy arkusz nie umieszczony na żadnym etapie postępowania, który nijak się ma do technologii zaproponowanej przez wykonawcę. Zamawiający podkreślił, że, aby zastosować technologię alternatywną, należy przedstawić dokumentację zamienną, która będzie zaakceptowana przez Zamawiającego. Oczywistym jest w związku z powyższym, iż tak szczegółowe kalkulacje mogą być przedstawione dopiero po wykonaniu tej dokumentacji. Cena natomiast była ustalona na podstawie wiedzy i doświadczenia Odwołującego oraz wizji lokalnej.

Odwołujący posiada swoich pracowników w odpowiedniej liczbie do wykonania tej i jednocześnie innych inwestycji w tym samym czasie (60 osób). Koszty pracownicze muszą być ponoszone nie tylko w czasie prowadzenia kontraktu w Kórniku. W czasie zimy, kiedy Odwołujący nie wykonuje prac, także je ponosi. Odwołujący na początku roku planując budżet roczny zakłada koszty zatrudnionych pracowników w kosztach ogólnych firmy.

Odwołujący posiada również odpowiednią ilość sprzętu do prowadzenia zaplanowanych inwestycji oraz własne zestawy do przewiezienia tego sprzętu, dlatego unika kosztów dzierżawy lub zakupu sprzętu oraz związanych z tym niedogodności (zależności od podmiotów trzecich). Odwołujący przewidział wszystkie koszty związane z ubezpieczeniami, należytym wykonaniem budowy, kosztami zaplecza, wykonaniem wszystkich prób, wykonania dokumentacji zamiennej. Zamawiający nie może wymagać udowodnienia stanu sprzętowego czy osobowego, jak również wykazanych realizacji, skoro nie zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych wymogów w tym względzie ponad wymogi, które określono.

Co do zarzutu przedstawienia tylko trzech ofert kluczowych materiałów Odwołujący wskazał, iż właśnie te materiały stanowią 95 % kosztów materiałowych inwestycji, przy tym decydują o wariantowym charakterze oferty. Zamawiający myli przy tym pojęcie „materiały kluczowe” z materiałami niezbędnymi do wykonania inwestycji, potwierdzając jednocześnie absurdalny charakter wymagań kierowanych przez siebie wezwań – sam wskazał, że niemożliwe było po złożeniu ofert wskazanie szczegółów odnoszących się do kilkuset kluczowych materiałów i kilkudziesięciu rodzajów sprzętu. Odwołujący wziął pod uwagę wszystkie materiały niezbędne dla realizacji inwestycji i objął je złożoną ofertą, pomimo faktu, iż kluczowymi są jedynie trzy.

Podobnie bez uzasadnienia Zamawiający opisuje możliwość oddania wodociągu zabrudzonego – nie wiadomo, jakie doświadczenia Zamawiający ma w tym zakresie, skoro dopuszcza tak karygodne zachowania. Odwołujący nigdy nie spotkał się z przypadkiem próby oddania sieci wodociągowej bez odpowiednich prób i badań. Wszystkie inwestycje muszą spełniać parametry czystości wody zdatnej do picia i ciężko wyobrazić sobie, że mogłoby być inaczej.

Wszystkie wymienione wyżej okoliczności potwierdzają nie tylko możliwość realizacji przez Odwołującego inwestycji zgodnie z założoną ofertą, ale również fakt, iż oferta ta została skalkulowana w sposób rzetelny i prawidłowy i nie jest dotknięta rażąco niską ceną. Czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu oparte są o własne przekonanie co do warunków odnośnie wiedzy i doświadczenia stawianych wykonawcom, nie znajdujących uzasadnienia w żadnym z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co, w ocenie Odwołującego, niezależnie od powyższych zastrzeżeń, skutkuje istotną wadą prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty Odwołującego zostało dokonane w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że Odwołujący, mimo powstania po jego stronie obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tego obowiązku nie spełnił. Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia jego oferty. Postępowanie odwoławcze dotyczy oceny formalności, których spełnienie lub nie przesądza o tym, czy dana czynność jest zgodna z przepisami prawa czy nie. Zdaniem Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego było dokonane zgodnie z przepisami prawa, wobec czego brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie dążył do dyskredytacji jego oferty, tylko do tego, aby Odwołujący rzetelnie wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował swoją cenę ofertową, wobec uzasadnionych obaw Zamawiającego, czy rzeczywiście za taką cenę Odwołujący jest w stanie zrealizować rzeczoną inwestycję. Zamawiający nie ma obowiązku uzasadnienia swoich decyzji wobec skierowanych do Odwołującego wezwań (najpierw o wyjaśnienie treści oferty, a następnie w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny). Zamawiający miał uzasadnione obawy co do możliwości realizacji tego zamówienia za zaoferowaną przez Odwołującego cenę. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z tymi wezwaniami, to miał prawo każdą z tych czynności zaskarżyć poprzez wniesienie odwołania. Brak zaskarżenia tych czynności wywoływał określone skutki prawne, a mianowicie obowiązek złożenia szczegółowych wyjaśnień, bowiem niezastosowanie się do nich mogło rodzić negatywne dla Odwołującego skutki prawne, które nastąpiły. Jeżeli zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień odnośnie podejrzenia rażąco niskiej ceny (a miał podstawy, by przypuszczać, że cena w istocie jest rażąco niska), to powstaje w tym momencie po stronie wykonawcy obowiązek złożenia tych wyjaśnień. Ciężaru dowodowego Odwołujący nie udźwignął z uwagi na fakt, że nie wykazał, że złożona w postępowaniu oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie twierdzenia odnoszące się co do niezasadności i bezpodstawności wezwań należy uznać za spóźnione, zaś czynność Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego za uzasadnioną i dokonaną zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Odwołujący nie wykazał – mimo takiego obowiązku, który powstał w wyniku wezwań do złożenia wyjaśnień treści oferty – że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z czym Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Zamawiający nie zgadza się, że Odwołujący nie był w stanie w tak krótkim czasie przygotować stosownych wyjaśnień. Czas na przygotowanie wyjaśnień wynoszący 10 dni to czas wystarczający, zwłaszcza w kontekście tego, że Odwołujący już na etapie przygotowywania oferty powinien mieć świadomość kosztów, które zobowiązany będzie ponieść z tytułu realizacji zamówienia i ich struktury, Odwołujący nie wnioskował też o przedłużenie tego czasu. Gdyby wolą Odwołującego było wyjaśnienie wszystkich

wątpliwości Zamawiającego, to przygotowałyby rzetelnie wyjaśnienia. Tymczasem Odwołujący nie zamierzał rozwiązać tych wątpliwości, tylko przyjął postawę krytyczną wobec zachowania Zamawiającego, przy czym nie skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej. Tym samym zarzuty w zakresie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień również należy uznać za spóźnione.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, poprzez wskazanie w wezwaniu z 15 kwietnia 2021 r. 63 pozycji, co do których Zamawiający oczekiwał wyjaśnień, w ten sposób Zamawiający wskazał, jakie elementy oferty Odwołującego go niepokoją. Cechą charakterystyczną wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych czy z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest właśnie to, że przedstawiane są inne (dodatkowe) dokumenty, które nie są składane wraz z ofertą. Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu tego, aby przy jakichkolwiek wyjaśnieniach (w tym wyjaśnieniach ceny) opierał się wyłącznie na dokumentach wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy takim rozumieniu przepisów w przypadku np. modelu wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający nie miałby prawa żądać od wykonawcy szczegółowego wyliczenia ostatecznej ceny ryczałtowej. Podobnie rzecz się ma w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający był w pełni uprawniony do uzyskania informacji na temat szczegółów wyliczenia poszczególnych pozycji z załączonego do oferty i wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kosztorysu. Tym samym to, że Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowego rozbicia, jest normalnym elementem procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Fakt, że przedmiar dostarczał Zamawiający nie oznacza tego, że w ramach procedury wyjaśniającej nie może on zażądać dodatkowych, bardziej szczegółowych informacji, gdyż właśnie w celu uzyskania takich informacji – których Zamawiający nie miał, a które mogłyby stanowić uzasadnienie dla przyjęcia takiej ceny ofertowej – Zamawiający uprawniony był do wezwania Odwołującego o ich przekazanie.

Żądanie przez Zamawiającego, aby Odwołujący zaprezentował bardziej szczegółowe wyliczenie swojej ceny), nie może być traktowane jako uzupełnienie oferty, na co powołuje się Odwołujący. Doprecyzowanie oferty poprzez zaprezentowanie szczegółowego wyliczenia cen kosztorysowych to normalny element wyjaśnienia ceny, mający na celu wykazanie realności zaoferowanej ceny. Nie jest to też zmiana oferty. Oferta cenowa Odwołującego pozostaje bowiem w niezmienionej postaci. Tym samym zaprezentowanie sposobu dojścia do zaoferowanej ceny nie ma żadnego wpływu na treść zobowiązania Odwołującego.

Niezrozumiałe i spóźnione są wywody na temat obowiązku szczegółowego określenia kryteriów oceny ofert w przypadku oferty wariantowej. Jeżeli bowiem Odwołujący miał zastrzeżenia do przedmiotowego postępowania, w tym do opisu kryteriów oceny ofert, to mógł swoje zastrzeżenia poczynić na tamtym etapie postępowania.

Przesłany wraz z wezwaniem do wyjaśnień rażąco niskiej ceny arkusz .xls był dokumentem, przy pomocy którego Odwołujący miał szansę rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do realności jego ceny. Zamawiający od momentu zapoznania się z ofertą Odwołującego powziął wątpliwości co do realności jego ceny. Tym samym miał nadzieję, że Odwołujący przynajmniej w ramach tych wyjaśnień uprawdopodobni realność swojej ceny. Tymczasem Odwołujący, zamiast przygotować rzetelne wyjaśnienia, podjął próbę krytyki takiego zachowania Zamawiającego. Takie zachowanie Odwołującego, który nie jest w stanie złożyć wyjaśnień w żądanym przez Zamawiającego zakresie, tylko utwierdziło Zamawiającego w tym, że skoro Odwołujący nie jest w stanie wyjaśnić swojej ceny, to może to potwierdzać, że zaoferowana cena jest jednak ceną nierealną. Dlatego też Zamawiający nie miał wyjścia, tylko musiał zwrócić się do Odwołującego o to, aby złożył wyjaśnienia w ramach procedury z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezasadne są również argumenty odnoszące się do tego, że wobec niewystąpienia sytuacji, w której cena ofertowa jest niższa o co najmniej 30% lub od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, Zamawiający nie miał prawa zwracać się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu zawsze zwrócić się do wykonawcy, jeżeli ma on podejrzenie co do realności ceny. Wymienione w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przypadki to tylko opisane przez ustawodawcę sytuacje, w których zamawiający bezwzględnie musi zwrócić się do wykonawcy o złożenie takich wyjaśnień. Wobec tego, że Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, uprawniony był do zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień.

Jako pozbawione racji należy uznać zarzuty Odwołującego odnoszące się do rzekomego nieuznania przez Zamawiającego doświadczenia Odwołującego. Zamawiający na tym etapie postępowania nie dokonywał bowiem jakiegokolwiek oceny posiadanego doświadczenia.

Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, które Zamawiający, uznał za zbyt ogólnikowe i niewyczerpujące, a treść wyjaśnień niewystarczająco uzasadnia podaną w ofercie cenę, jako rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy. Złożenie zaś ogólnikowych wyjaśnień, w taki sposób, jak uczynił to Odwołujący, należy traktować jako brak złożenia wyjaśnień, co w konsekwencji obliguje Zamawiającego do tego, aby taką ofertę odrzucić. Sytuacja bowiem wykonawcy, który nie składa w ogóle żadnych wyjaśnień, jest identyczna z sytuacją wykonawcy, który co prawda składa wyjaśnienia, ale ograniczają się one do ogólnych zapewnień, że cena jest realna, czy też że wykonawca jest doświadczonym wykonawcą.

Odwołujący przedstawił tylko trzy oferty potencjalnych dostawców, przy czym w żaden sposób nie opisał tego, jak to się przekłada na zaoferowaną przez niego cenę. Odwołujący

nie wyjaśnił, jakie koszty osobowe przewidział przy realizacji zamówienia, tzn. ile osób, z podziałem na poszczególne funkcje oraz kosztami związanymi z wynagrodzeniem tych osób. Koszty osobowe są niezwykle istotne w kształtowaniu ceny ofertowej, a zwłaszcza w niniejszej sytuacji, gdyż postępowanie dotyczy zamówienia, w ramach którego roboty realizowane będą na kilku frontach jednocześnie, co ww. koszty eskaluje. Szczegółowa kalkulacja i szacunki Zamawiającego w zakresie potencjalnego minimalnego kosztu pracowników potwierdzają powyższe i utwierdzają Zamawiającego w przekonaniu, że oferta Odwołującego również w tym zakresie (który to zakres stanowi znaczącą część ceny ofertowej) jest niedoszacowana. Odwołujący nie opisał, a tym samym nie wykazał, w jakiej wysokości przewidział koszty związane ze zorganizowaniem bazy sprzętowej, hotelowej itp., co ma szczególnie istotne znaczenie w sytuacji, kiedy Odwołujący nie posiada siedziby i bazy sprzętowej w pobliżu miejsca prowadzenia inwestycji. Odwołujący nie przedstawił także żadnej oferty potencjalnych podwykonawców, którzy mogliby realizować poszczególne zakresy prac. Skala inwestycji i jej wieloaspektowość prowadzą do wniosku, że nie da się wykonać tej inwestycji siłami własnymi bez udziału podwykonawców. Odwołujący, poza gołosłownym twierdzeniem, że posiada niezbędny sprzęt, nie przedstawił żadnych dowodów na posiadanie tego sprzętu, nie opisał jaki to sprzęt itp. Ponadto nie wskazał kosztów związanych z tym sprzętem w cenie ofertowej. Nie opisał również, jak przekłada się posiadanie wymaganego sprzętu na ewentualne oszczędności z tym związane. Twierdzenia Odwołującego, że posiada sprzęt do realizacji inwestycji, są spóźnione, gdyż nie były przytoczone w wyjaśnieniach oraz sprzęt ten jest niewystarczający do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie zaprezentował również, jakie koszty materiałowe zostały przewidziane w cenie oferty, potwierdzone dodatkowo ofertami dostawców tych materiałów.

Postępowanie odwoławcze nie służy temu, żeby dopiero na tym etapie Odwołujący przedstawiał dowody, które mają potwierdzać realność jego ceny. Wyjaśnienia wraz z dowodami należało przedstawić Zamawiającemu na etapie wyjaśnień. Stąd wszelkie załączone do odwołania czy przedłożone na rozprawie dowody winny być przez KIO pominięte.

Przedmiotem postępowania jest wyłonienie wykonawcy części inwestycji, której przedmiotem jest wybudowanie magistrali wodociągowej i sieci rozdzielczych w celu zasilenia w wodę gminy Kórnik, a także częściowo gminy Mosina. W ramach inwestycji wybudowane ma zostać około 15.666,8 m magistrali oraz 14.173,57 m sieci rozdzielczej. Całość inwestycji składa się z kilku etapów. Stopień skomplikowania inwestycji jest – wbrew temu co twierdzi Odwołujący – wysoki, m.in. ze względu na konieczność wykonywania prac na kilku frontach robót jednocześnie, konieczność synchronizacji prac z innymi wykonawcami w związku z symultaniczną realizacją innych inwestycji z inwestycją związaną, miejsce realizacji prac

na terenach leśnych (spełnienie warunków nałożonych przez Lasy Państwowe), obszary chronione objęte ochroną konserwatora zabytków (układ przestrzenny majątku ziemskiego Rogalin), bliskie sąsiedztwo infrastruktury energetycznej, przebieg przez pola orne, gdzie wykonawca musi zapewnić ciągły dojazd rolnikom, przebieg przez miejsca, w których występuje gęsta zabudowa mieszkalna, konieczność realizacji prac wzdłuż drogi wojewódzkiej o dużym natężeniu ruchu, połączenie z istniejącym wodociągiem w miejscowości Kórnik. Brak zrozumienia powyższego utwierdza Zamawiającego w przypuszczeniu, że oferta Odwołującego była znacząco niedoszacowana. Wszystkie opisane powyżej zależności wpłynęły na decyzję Zamawiającego w sprawie oczekiwań co do materiału, z którego będzie wykonana magistrala wodociągowa oraz przyjętego kryterium jakościowego związanego z zastosowanym materiałem dla rur magistrali DN500 i DN400. Zgodnie z zapisami rozdziału 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentacja projektowa oraz STWiOR przewiduje tylko jeden materiał do budowy rur magistrali wodociągowej DN500 i DN400 tj. rury stalowe, Zamawiający dopuszcza natomiast składanie ofert wariantowych, o których mowa w art. 83 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na możliwości zaoferowania innego sposobu wykonania zamówienia niż opisany w dokumentacji projektowej oraz STWiOR, tj. na możliwości wykonania magistrali DN500 i DN400 z rur z żeliwa sferoidalnego lub z rur PE100 RC o parametrach opisanych w dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Jednocześnie w rozdziale 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał, w jaki sposób i za pomocą jakich kryteriów dokona oceny wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający przy ocenie ofert będzie brał pod uwagę materiał, z jakiego wykonana zostanie magistrala wodociągowa (40%). Odwołujący zaoferował wykonanie magistrali wodociągowej z rur z żeliwa sferoidalnego. Zaoferowanie przez Odwołującego takiej oferty spowodowało u niego konieczność nie tylko uwzględnienia w cenie oferty droższego materiału, ale również uwzględnienia konieczności zmiany dokumentacji projektowej w taki sposób, aby dostosować ją do montażu rur z żeliwa sferoidalnego. Dokumentacja załączona jako opis przedmiotu zamówienia została przygotowana dla rur stalowych. Zamawiający umożliwił zmianę dokumentacji projektowej tylko w zakresie deklarowanego materiału dla rur DN400 i DN500, nie dając zgody na zmiany trasy bądź innych rozwiązań projektowych niewynikających z ww. zmiany materiału. Zmiana ta nie umożliwia wzrostu wynagrodzenia i terminu realizacji zamówienia. W opinii Zamawiającego konieczność zmiany dokumentacji, a co za tym idzie, krótszy termin realizacji i droższy materiał powodują większy koszt inwestycji.

W szczególności wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt, iż oferta Odwołującego nie jest jedyną ofertą wariantową złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Ofertę taką złożyła też firma Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. (wariant w postaci zastosowania rur z żeliwa

sferoidalnego), która była najdroższą ofertą w postępowaniu, wyższą od oferty Odwołującego o ponad 56% (93.478.769,96 zł brutto).

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający, 15 kwietnia 2021 r., wystosował do Odwołującego pismo w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wyspecyfikował wszystkie kluczowe elementy mające wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu faktu złożenia przez Odwołującego oferty wariantowej i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień tych kluczowych elementów, które w ocenie Zamawiającego musiały zostać uwzględnione w jego ofercie, gdyż ich brak powodowałby niemożność należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w tym względzie działanie niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert Zamawiający ma pełne prawo wymagać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do jakichkolwiek negocjacji złożonej oferty. Żaden z przywołanych przez Odwołującego punktów przedmiotowego pisma nie wskazywał na zamiar prowadzenia przez Zamawiającego jakichkolwiek negocjacji złożonej przez Odwołującego oferty. Tak jak wskazał Odwołujący, w wycenionym przedmiarze robót podane ceny powinny być wartościami globalnymi, stanowić całkowitą, wszystko obejmującą wartość robót opisanych w danych pozycjach. W związku z tym Odwołujący, wyceniając swoją ofertę, musiał wziąć pod uwagę elementy składowe, o których wyjaśnienie zwrócił się Zamawiający w przedmiotowym piśmie, chyba że nie uwzględnił ich w złożonej ofercie. Złożone przez Odwołującego 26 kwietnia 2021 r. wyjaśnienia okazały się ogólnikowe i zawierały jedynie stwierdzenia o nieprawidłowym działaniu Zamawiającego. Przesłane przez Odwołującego wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdziły realności złożonej oferty w kontekście zaoferowanego rozwiązania materiałowego przez Odwołującego.

Oferta Odwołującego jest niższa o 20,1% od budżetu Zamawiającego (oferta Odwołującego –59.857.586,41 zł brutto, kosztorys inwestorski Zamawiającego – 74.877.288,78 zł brutto) oraz niższa o 23,5% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (78.205.384,21 zł brutto). Z wiedzy Zamawiającego pozyskanej na etapie przygotowania postępowania wynika, że cena za rury żeliwne wraz z ich ułożeniem była wyższa od ceny za rury stalowe wraz z ich ułożeniem o około 40%, co potęguje wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego.

W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę wcześniejsze wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający, 14 maja 2021 r., wezwał Odwołującego, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny oferty. W piśmie skierowanym do Odwołującego Zamawiający szczegółowo wyspecyfikował pozycje, których wycena budziła jego wątpliwości i które powinien szczegółowo wyjaśnić Odwołujący. Ponadto

poinformował go o konieczności dołączenia do przedstawionych wyjaśnień dowodów potwierdzających przedkładane wyjaśnienia. W celu ułatwienia Odwołującemu przygotowania wyjaśnień Zamawiający załączył wzór w postaci tabeli w formacie .xls, który mógł, ale nie musiał, wykorzystać Odwołujący w przygotowaniu swoich odpowiedzi.

24 maja 2021 r. Odwołujący złożył odpowiedź. Jak w przypadku procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia Odwołującego okazały się ogólnikowe i zawierały jedynie stwierdzenia o nieprawidłowym działaniu Zamawiającego. Przesłane przez Odwołującego wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdziły realności ceny złożonej oferty. Twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający wprowadził dodatkowy dokument do postępowania, który miał stanowić podstawę do oceny oferty Odwołującego, nie znajdują potwierdzenia w faktach. Zgodnie z treścią pisma stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny oferty: „W celu ułatwienia Zamawiający załącza wzór ze wskazówkami do wypełnienia załączonej tabeli, z zastrzeżeniem, że podane ilości są tylko przykładowe. Złożone wyjaśnienia oceniane będą także pod kątem podanych przez Państwa składników wyceny. Zamawiający zaleca przedstawienie wyjaśnień w w/w zakresie w formie tabelarycznej w odniesieniu do pozycji kosztorysu ofertowego.” Nie można więc twierdzić, że Zamawiający narzucił Odwołującemu konieczność wypełnienia dodatkowego dokumentu w postaci tabeli w formacie .xls. Zamawiający przygotował niniejszą tabelę w celu ułatwienia Odwołującemu złożenia wyjaśnień, ale nie narzucał mu konieczności jej wykorzystania. Z powyższego jasno wynika, iż w celu oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający będzie brał pod uwagę ich merytoryczną treść, a nie formę ich przedstawienia. Twierdzenie Odwołującego, że 45 pozycji w zakresie wystosowanego przez Zamawiającego pisma, zmierza do uzyskania szczegółowych oświadczeń w zakresie elementów oferty nie wymaganych specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest niezgodne z prawdą. Zamawiający, zarówno w piśmie, jak i w załączonej proponowanej tabeli, wskazał tylko materiały i czynności, które są niezbędne do prawidłowej realizacji inwestycji. Zdaniem Zamawiającego, żeby rzetelnie przygotować wycenę i wypełnić tabelę elementów scalonych, Odwołujący powinien posiadać pełną wiedzę na temat całego zakresu prac oraz cen wszystkich materiałów wchodzących w skład zamówienia, opartych na cenach jednostkowych uzyskanych od dostawców materiałów, jak również ewentualnych podwykonawców. Jeśli Odwołujący otrzymałby oferty od dostawców oraz podwykonawców na etapie składania ofert oraz przygotował w sposób wyczerpujący pełną wycenę zamówienia, to bez problemu byłby w stanie wypełnić tabelę zaproponowaną przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił również, że wypełnienie proponowanej tabeli na etapie składania ofert nie jest w ogóle możliwe, ponieważ Zamawiający np. wymagał podania szczegółowych ilości. W związku z tym Zamawiający powziął kolejne wątpliwości wobec rzetelności Odwołującego

w zakresie przygotowania oferty, bowiem zastanawiające jest to, na jakiej podstawie Odwołujący policzył i zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jediną możliwością policzenia ceny jest pomnożenie ilości przez cenę jednostkową. Załączony do postępowania przedmiar jest przedmiarem scalonym i Odwołujący przygotowując się do jego wypełnienia najpierw zbiera ceny jednostkowe i robi kalkulację szczegółową. Dopuszczona zmiana dotyczy tylko materiału, z którego będą wykonane rury DN400 i DN500, a pozostałe elementy pozostają bez zmian. W związku z tym Odwołujący, posiadając kompletną dokumentację projektową, jest w stanie szczegółowo policzyć ilości materiałów w celu rzetelnego przygotowania oferty.

Załączone przez Odwołującego trzy oferty dostawców są opatrzone datą po terminie składania ofert. Odwołujący nie przedstawił żadnej oferty dostawcy bądź podwykonawcy otrzymanej przed terminem składania ofert, co pokazuje, że jego wycena ofertowa nie opiera się na cenach uzyskanych od dostawców materiałów. Dodatkowo przesłane oferty dostawców nie wyjaśniają w sposób wyczerpujący poprawności wyceny przygotowanej przez Odwołującego. Zastanawiające dla Zamawiającego jest także wskazanie przez Odwołującego w ofercie ceny dla rur żeliwnej DN1000, która w projekcie Zamawiającego jest rurą stalową i nie podlega zmianie materiału. Dodatkowo zastanawiające są także kolejne pozycje w ofercie dotyczące zasuw firmy Saint Gobain dla średnic powyżej DN300, które nie znajdują się w dostępnym katalogu tej firmy. Odwołujący przedstawił także ofertę cenową firmy Colas Polska Sp. z o.o. na dostawę kruszywa granitowego, która określa cenę na poziomie 52,90 zł za tonę. W ramach inwestycji wykonana ma zostać nawierzchnia tłuczniowa (warstwa górna) na warstwie dolnej – grubość po zagęszczeniu 8 cm wraz z profilacją poboczy. Wartość, jaką podał Odwołujący dla tej pozycji to 12 zł/m². Pozostali oferenci wycenili tę pozycję na: 28,05 zł netto, 29,94 zł netto, 17,50 zł netto. W ramach inwestycji wykonana ma zostać także nawierzchnia tłuczniowa (warstwa górna) wraz z wyprofilowaniem nawierzchni istniejącej tłuczniowej – grubość po zagęszczeniu 10 cm wraz z profilacją poboczy. Wartość, jaką podał Odwołujący dla tej pozycji to 16 zł/m². Pozostali oferenci wycenili tą pozycję na: 33,17 zł netto, 32,66 zł netto, 23,00 zł netto. Według oferty cenowej firmy Colas dostawa kruszywa to 52,90 zł za tonę, czyli 116,38 zł za m², co daje: koszt materiału na warstwę 8 cm – 9,31 zł/m²; koszt materiału na warstwę 10 cm – 11,64 zł/m². Na wykonanie wszystkich pozostałych robót takich jak: roboty przygotowawcze, roboty pomiarowe, badania, prace sprzętu, robociznę, kosztów ogólnych i zysków Odwołującemu pozostaje odpowiednio kwota 2,69 zł/m² i 4,36 zł/m². Mając na względzie także oferty pozostałych oferentów, kwoty te są na nierealnie niskim poziomie. Odwołujący w piśmie z 24 maja 2021 r. nie wskazał żadnego zestawienia posiadanego sprzętu, zestawienie przedstawił dopiero w odwołaniu. Zestawienie to pokazuje również, że Odwołujący nie posiada całego sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. Brak jest

np. wiertnic, które są niezbędne do wykonania odcinków bezwykopowych dla długości 2000 m, brak jest dźwigów, brak jest wciskarek, równiarek, urządzeń do pogrążania ścianek i sprzętu do technologii bezwykopowych, które planuje realizować siłami własnymi. W związku z powyższym, do ceny oferty należy doliczyć sprzęt brakujący, co w przypadku technologii bezwykopowych stanowi koszt kilku milionów zł.

Odwołujący wskazuje również na posiadany potencjał ludzki. Z załączonych do odwołania dokumentów wynika, że Odwołujący zatrudnia 60 osób. Przy założeniu, że obsługa księgową, sekretariat, kadry, pion menadżerski, dział ofertowania itp. to około 20 osób, można przyjąć, że do realizacji inwestycji Odwołujący zamierza skierować około 40 osób. W ocenie Zamawiającego jest to liczba osób zdecydowanie zbyt niska, zwłaszcza że prace mają być prowadzone na czterech frontach jednocześnie. Dla każdego frontu robót potrzebne są brygady sieciowe, brygady konstrukcyjne, odtworzeniowe oraz brygady do prac związanych z przewiertami i przygotowaniem komór technologicznych, a także pracownicy potrzebni do prac wyburzeniowych, rozbiórkowych, zabezpieczenia i ochrony drzew oraz innych organizacyjnych budowy (zamawianie materiałów, pozwolenia itp.). Należy doliczyć także brygady do prac pozostałych, tj. wyburzeniowych, prace rozbiórkowych, zabezpieczeń, ochrony i wycinki drzew oraz innych prac związanych z organizacją budowy (zamawianie materiałów, sprawy administracyjne – pozwolenia i uzgodnienia, ochrona obiektów, sprawy socjalne itp.). Do wykonania tych prac Zamawiający szacuje konieczność zatrudnienia 95 osób. Do tego dochodzi kadra kierownicza (która nie wymaga zatrudnienia na umowę o pracę) wyspecyfikowana przez Zamawiającego w liczbie 15 osób. To zdecydowanie więcej niż liczba osób, którymi dysponuje Odwołujący, a Odwołujący deklaruje, że jednocześnie prowadzi również inne inwestycje. Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że inwestycję będzie wykonywał tylko siłami własnymi (poza wykonaniem robót bitumicznych). Dodatkowo koszt związany z zakwaterowaniem tak dużej liczby pracowników, koszt diety, dojazdów, przetrzeżenia całego sprzętu i organizacji zaplecza i bura budowy nie jest kosztem znikomym w skali w całej inwestycji, a koszt ten również nie mógł zostać uwzględniony w pełnym zakresie. Przy założonym czasie trwania inwestycji 36 miesięcy koszt zatrudnienia 95 pracowników, przy nawet tylko wynagrodzeniu minimalnym, daje wartość $36 \times 95 \times 2800 = 9.576.000$. Do tego należy doliczyć koszt zakwaterowania takiej ilości pracowników, diety itp. Odwołujący nie wskazał, jaki będzie koszt przewiezienia sprzętu z bazy Odwołującego na teren budowy. Dodatkowy koszt związany z pracą sprzętu to paliwo. Inwestycja rozciąga się na długości około 20 km, a na dużej części trasy nie ma możliwości składowania urobku na odkład. Odwołujący będzie zmuszony wozić urobek na place składowania, za których wynajem musi również zapłacić oraz ponieść koszt paliwa wynikający z ciągłego wożenia urobku. Taka sama sytuacja jest z placami budowy. Z uwagi na rozległy teren budowy Zamawiający zaproponował 3 place budowy, ale koszt wynajęcia tych placów, ochrony,

zorganizowania zaplecza budowy, podłączenia odpowiednich mediów jest kosztem Odwołującego.

Kolejnym elementem, który porusza Odwołujący, są oszczędności z tytułu skrócenia czasu realizacji inwestycji o połowę. Zdaniem Odwołującego takie skrócenie umożliwi zmiana materiału rur i szybsze ich układanie. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego czas realizacji robót będzie taki sam, m.in. z powodu przyjętej w dokumentacji szybkiej metody badania spoin oraz długości odcinków rur. Odwołujący nie jest także uprawniony do znaczącej zmiany technologii wykonania robót, ponieważ nie pozwala na to wąski pas roboczy w lasach oraz niewielka ilość miejsca wzdłuż drogi wojewódzkiej, co znacznie utrudni realizację robót. Dodatkowo, z załączonej przez Odwołującego oferty na rury żeliwne wynika, że sieci rozdzielcze dla etapu I c.a oraz II a będzie wykonywał także przy użyciu rur żeliwnych. W porównaniu z rurami PE, które Zamawiający również przewidział dla tych etapów, jest to realizacja znacznie dłuższa. Fakt, że Odwołujący musi wykonać projekt zamienny, na który Zamawiający przewidział dwa miesiące, także wydłuża czas realizacji zadania. To wszystko pokazuje, że przyjęty przez Odwołującego materiał nie spowoduje skrócenia czasu trwania inwestycji, ale go wydłuży.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje, że ofertę należy rozpatrywać całościowo i tylko cztery elementy są istotne i mają wpływ na cenę: koszt zakupu materiału żeliwnego i armatury, koszt zakupu kruszywa, koszt rur przewiertowych oraz koszt robót bitumicznych (razem w ofercie Odwołującego 20.436.617,00 zł netto). Zdaniem Odwołującego pozostałe elementy stanowią znikomy koszt zadania i pozostała kwota, jaką wylicza Odwołujący – 34.720.547,50 zł brutto (28.228.087,40 zł netto) jest wystarczające na pozostałe prace i zakładany zysk.

Według wyliczeń Zamawiającego pozostałe znaczące elementy, na które m.in Odwołujący planuje wydać maksymalnie 28.228.087,40 zł netto to koszt 37.638.274,13 złotych netto.

Także inne pozycje wskazują na znaczne rozbieżności pomiędzy ofertą Odwołującego a kosztorysem inwestorskim i pozostałymi ofertami.

Powyższe pokazuje, że kwoty przyjęte przez Odwołującego są znacząco niższe niż założenia Zamawiającego, a także kwoty wynikające z ofert pozostałych oferentów. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła niska cena całkowita oferty Odwołującego, a potwierdziły je szczegółowe wyliczenia Odwołującego, które w sposób jednoznaczny pokazują, że przyjęte przez niego ceny znacząco odbiegają od przewidywań Zamawiającego, a także standardów rynkowych (wynikających również z ofert pozostałych oferentów).

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych to na wykonawcy, co do którego zaistniało podejrzenie zaproponowania rażąco niskiej ceny, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta takiej ceny nie zawiera. W przedmiotowym postępowaniu,

pomimo wezwań Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że przedstawiona przez niego oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera. Wręcz przeciwnie – przedstawione wyjaśnienia potwierdziły wątpliwości Zamawiającego.

W związku z tym Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę Odwołującego.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a, art. 22c, art. 22d, art. 25 ust. 1. Również ten zarzut nie znajduje jednak potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym. Zgodnie bowiem z pkt 2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykonawca ten nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, do przedłożenia stosownych dokumentów. Z powyższego jasno wynika, iż Zamawiający nie mógł naruszyć wymienionych przepisów, gdyż wszystkie odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jest obecnie na etapie dokonywania oceny ofert i nie zajmuje się w tej chwili badaniem spełniania przez oferentów (w tym Odwołującego) warunków udziału w postępowaniu. Mając to na względzie, stwierdzić należy, że również w tym zakresie żadne z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie zostały przez Zamawiającego naruszone.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Terlan Sp. z o.o. i WUPRINŻ S.A.

Zdaniem Przystępującego odwołanie uznać należy za bezzasadne i jako takie podlega ono oddaleniu.

Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący kwestionuje czynności wezwania do wyjaśnień z 15 kwietnia 2021 r. oraz z 14 maja 2021 r., podczas gdy zarzuty dotyczące obu wezwań są spóźnione. Odwołujący, jeżeli uważał, że są one bezzasadne i nieuprawnione, mógł być je wcześniej zaskarżyć, czego nie uczynił. W konsekwencji pozostają one dla wykonawcy wiążące. W szczególności Odwołujący był i jest związany wezwaniem z 14 maja 2021 r., a w konsekwencji powinien był złożyć takie wyjaśnienia, jakich oczekiwał Zamawiający. Stąd

też zbędna jest jakakolwiek polemika z tymi twierdzeniami Odwołującego, które odnoszą się do zasadności wezwań.

Istotą sporu jest ocena tego, czy Odwołujący wykazał wyjaśnieniami z 24 maja 2021 r., że złożona przez niego oferta została prawidłowo skalkulowana i nie zawiera w związku z tym ceny rażąco niskiej. Przy czym punktem odniesienia tej oceny pozostaje wezwanie Zamawiającego, które wyznaczało minimalny zakres wyjaśnień. Nie budzi wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych było precyzyjne co do zakresu elementów oferty wymagających szczegółowych wyjaśnień ze strony wykonawcy w zakresie kalkulacji ich ceny. Zamawiający do wezwania załączył bowiem zestawienie tabelaryczne wszystkich pozycji z kosztorysu ofertowego Odwołującego z zaznaczeniem tych spośród nich, które wymagają wyjaśnienia. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły blisko 130 pozycji zawartych w poszczególnych przedmiarach – 72 pozycji z przedmiaru dla etapu Ia, 28 pozycji z przedmiaru dla etapu IB, 10 pozycji etapu IIa, 19 pozycji dla etapu Ic.a. Suma wartości pozycji budzących wątpliwości Zamawiającego to blisko 94% ceny ofertowej Mazur. Zamawiający dokonał przy tym precyzyjnego rozbicia zakwestionowanych pozycji na te elementy, które wymagały podania szczegółowych informacji. Z tak przedstawionego rozbicia jasne pozostawało, jakiego rodzaju informacji Zamawiający wymagał od wykonawcy celem wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający wyróżnił bowiem kluczowe kategorie dla każdej pozycji dotyczące kosztów: i) niezbędnych materiałów, ii) pracy sprzętu, iii) robocizny oraz iv) kategorię kosztów pośrednich, zysku i innych pozostałych kosztów.

Oczekiwane ze strony Zamawiającego informacje w żaden sposób nie odbiegały od standardowego doszczegółowienia minimalnego zakresu informacji, niezbędnych do wyjaśnienia ceny. Oczywiście jest, że aby wyjaśnić koszty realizacji robót budowlanych, za każdym razem, bez względu na formę podania tych informacji, niezbędne jest podanie podstawowych składników kosztowych, a te są dokładnie takie, jakich oczekiwał zamawiający, tj. koszty materiałów, robocizny, pracy sprzętu oraz pozostałe koszty, w tym koszty pośrednie (ogólne).

Załączona do wezwania tabela miała jedynie charakter pomocniczy, a jej wypełnienie zmierzało do ułatwienia Odwołującemu sformułowania prawidłowych wyjaśnień, aby w precyzyjny sposób odnosiły się one do wszelkich wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie narzucił Odwołującemu formy wyjaśnień, a jedynie zalecił wypełnienie odpowiednich pozycji załączonej tabeli (ceny jednostkowe, przyjęty obmiar i wartość poszczególnych pozycji), aby rozwiązać wszelkie wątpliwości co do sposobu skalkulowania ceny. Odwołujący mógł zastosować się do sugestii Zamawiającego i złożyć wyjaśnienia poprzez wypełnienie ww. pozycji, ale mógł również dobrze wyjaśnienia te przedstawić w jakiegokolwiek innej formie, np. opisowej, byleby odnosiły się do tych pozycji, które wskazał

Zamawiający i zawierały wymaganą treść, tj. w sposób szczegółowy odnosiły się do sposobu skalkulowania ceny w zakresie materiałów, kosztów pracy (robocizny), sprzętu oraz kosztów ogólnych i pośrednich.

Dodatkowo Zamawiający wymagał podania szczegółów dokonanej kalkulacji do pozycji kosztorysu ofertowego wyróżnionych w załączonej tabeli. Oznacza to, że wyjaśnienia nie mogły być oparte wyłącznie na matematycznym rozbiciu ceny, ale miały również zawierać informacje o elementach, które umożliwiły wykonawcy skalkulowanie poszczególnych cen składowych na przyjętym poziomie. Opis tych elementów jest kluczowy dla oceny, jakie okoliczności wpłynęły na możliwość skalkulowania przez Odwołującego ceny na tak niskim poziomie. Szczególny nacisk Zamawiający położył na obowiązek wskazania kosztów zorganizowania zaplecza, pobytu pracowników i innych kosztów z tym związanych, co Zamawiający uzasadniał faktem, że Odwołujący posiada siedzibę firmy w znacznym oddaleniu od miejsca budowy (Zamawiający ocenia ten koszt jako znaczący). Zamawiający zwrócił również uwagę w treści wezwania na konieczność załączenia dowodów do pozycji dotyczących wycenionego materiału i sprzętu (oferty dostawców materiałów lub dokumenty potwierdzające własność materiałów, oferty na wynajęcie sprzętu lub dokumenty potwierdzające jego posiadanie).

W ocenie Przystępującego na gruncie niniejszej sprawy kluczowa pozostaje ocena, czy Odwołujący wykazał wyjaśnieniami z 24 maja 2021 r., że złożona przez niego oferta została prawidłowo skalkulowana i nie zawiera w związku z tym ceny rażąco niskiej – z uwzględnieniem wymagań wynikających z wezwania Zamawiającego. Tymczasem analiza złożonych wyjaśnień jest podstawą jednoznacznej oceny, że Odwołujący nie podołał temu obowiązkowi, skupiając się głównie na kwestionowaniu zasadności samego wezwania.

Jeśli chodzi o merytoryczny zakres wyjaśnień, to Odwołujący dosłownie w jednym akapicie wskazał na: posiadane doświadczenie w realizacji inwestycji w regionie, dzięki któremu jest w stanie w szybkim tempie zmobilizować zasoby niezbędne dla realizacji zamówienia i dokonać ich przemieszczenia; dostęp do kluczowych firm podwykonawców oraz hurtowni, oferujących ceny niższe od cen rynkowych; własne zaplecze w zakresie nadzorowania i kontrolowania przebiegu inwestycji, w tym zarządzania kosztami i ryzykiem inwestycji; stabilną sytuację finansową, umożliwiającą realizację inwestycji środkami własnymi, bez konieczności jej kredytowania; własny park sprzętowy, obejmujący m.in. koparki, ładowarki, samochody ciężarowe, przyczepy, naczepy, maszyny do robót drogowych i inne w ilości 83 sztuk; dodatkowo Odwołujący załączył kilka ofert na wybrane materiały.

Przede wszystkim Odwołujący w żaden sposób (np. tabelaryczny, opisowy, z użyciem KNR, lub w jakikolwiek inny sposób) nie odniósł się do wyceny poszczególnych 128 pozycji, o które pytał Zamawiający. Z wyjaśnień Odwołującego w żaden sposób nie da się wyczytać jak te poszczególne pozycje zostały wycenione.

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie uczynił zadość wezwaniu do wyjaśnienia ceny, którego nie zakwestionował, a więc było dla niego wiążące. Już sam ten fakt musiał skutkować odrzuceniem oferty. Skoro bowiem Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwych pozycji, to obowiązkiem wykonawcy było na to wezwanie odpowiedzieć i te pozycje wyjaśnić. Ogólne wyjaśnienia Odwołującego (abstrahując od braku odniesienia się do wątpliwych 128 pozycji) nie odnoszą się (niekiedy wcale, niekiedy niewystarczająco) do podstawnych elementów kosztotwórczych takich jak koszty: materiału, robocizny, pracy sprzętu, pozostałych kosztów bezpośrednich oraz kosztów pośrednich i ogólnych. Zamawiający wskazał w wezwaniu (poprzez odniesienie się do tabeli), że oczekuje wyjaśnienia tych grup kosztów.

Odwołujący przedłożył kilka ofert na wybrane materiały. Niemniej nie jest to wystarczające dla uznania, że ten element kosztów został odpowiednio wyjaśniony. Materiały, które są wskazane w załączonych ofertach, odnoszą się jedynie do 59 pozycji ze 128, o które pytał Zamawiający. To oznacza, że prawie 70 wątpliwych pozycji w ogóle nie zostało wyjaśnionych w zakresie materiałów. Odwołujący nie odniósł także tych materiałów do poszczególnych pozycji, o które pytał Zamawiający.

Odwołujący nie odniósł się do kosztów pracy (robocizny), pomijając je całkowicie, nie podjął nawet próby przybliżenia przyjętych w tym zakresie założeń. Nie jest wiadomo, ile łącznie osób Odwołujący zamierza wyznaczyć do realizacji zamówienia, jak kształtuje się struktura wynagrodzenia tego personelu, jaki czas pracy Odwołujący przyjął do realizacji zamówienia itp. Te elementy są kluczowe dla ustalenia kosztów pracy, bowiem koszt pracy personelu (pracowników) wyznaczają dwie zasadnicze zmienne, tj. koszt roboczogodziny (uzależniony od wysokości wynagrodzenia i różnych pozapłacowych narzutów), jak i niezbędny nakład czasu pracy. Nie znając tych danych Zamawiający nie był w stanie zweryfikować wyjaśnień Odwołującego. Warto bowiem zauważyć, że zniżenie choćby jednej zmiennej może skutkować istotnym niedoszacowaniem oferty. O lakoniczności wyjaśnień Odwołującego świadczy też to, że Odwołujący nawet nie wskazał sumarycznego kosztu robocizny dla całości zamówienia (co i tak byłoby niewystarczające). Brakuje również dodatkowych informacji, dotyczących kosztów zorganizowania zaplecza dla pracowników. Tymczasem Zamawiający w treści wezwania wskazał na istotny charakter tych informacji: „Dodatkowo prosimy o podanie przyjętych kosztów zorganizowania zaplecza, pobytu pracowników i innych kosztów z tym związanych. Z uwagi na fakt, że Wykonawca posiada siedzibę firmy w znacznym oddaleniu od miejsca budowy, Zamawiający ocenia ten koszt jako znaczący”.

Odwołujący nie wyjaśnił także istotnego kosztu, jakim jest koszt pracy sprzętu (który jest niezbędny do realizacji zamówienia). Wyjaśnienia ograniczyły się do ogólnikowego wskazania, że posiada własny park sprzętowy. Ta informacja ma ograniczone znaczenie, bo własna baza sprzętowa może (ale nie zawsze tak jest) faktycznie w pewnym stopniu

redukować koszty pracy sprzętu (np. o wysokość marży na wynajmie takiego sprzętu), choć nie ma to przesądzającego znaczenia dla wyceny całości zadania. Jednakże posiadanie własnego sprzętu nie oznacza, że nie generuje on kosztów przy realizacji zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że praca sprzętu zawsze wiąże się m. in. z takimi kosztami jak: paliwa, konserwacji, przeglądów, napraw, ubezpieczeń, przechowywania, amortyzacji itp. Te wszystkie koszty składają się na koszt tzw. motogodziny. Drugim elementem składającym się na koszt pracy sprzętu jest nakład czasowy pracy poszczególnych jednostek (ilość motogodzin). Iloczyn tych dwóch zmiennych stanowi koszt pracy sprzętu. Tymczasem Odwołujący nie podał nie tylko tych zmiennych, ale nawet całościowo tego kosztu.

Odwołujący nie odniósł się do pozostałych kosztów (bezpośrednich) oraz kosztów pośrednich (ogólnych). Pozostałe koszty bezpośrednie to m.in. takie jak koszty: przygotowania dokumentacji, koszty zajęcia pasa ruchu drogowego, koszty utylizacji odpadów, koszty finansowania zamówienia (każdy bowiem wykonawca zanim otrzyma wynagrodzenie od zamawiającego, musi wcześniej zapłacić podwykonawcom czy dostawcom materiałów), koszty obsługi prawnej, koszty nadzoru nad jakością wykonawstwa, koszty wadium, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, itp. Koszty pośrednie i ogólne to także istotna grupa kosztów, jakie musi ponieść każdy przedsiębiorca. Koszty ogólnego zarządu to, zgodnie z art. 28 ust 3 ustawy o rachunkowości, koszty ogólne i administracyjno-gospodarcze niestanowiące kosztów wytworzenia produktu. W konsekwencji koszty ogólne zarządu obejmują wydatki związane z kierowaniem całokształtem działalności wykonawcy. Będą to koszty związane z utrzymaniem zarządu jednostki oraz komórek organizacyjnych o charakterze ogólnozakładowym, a w szczególności: utrzymanie biur, budynków, magazynów, utrzymanie terenu, ochrona mienia, bezpieczeństwo i higiena pracy, szkolenia pracowników, koszty dotyczące podatków i opłat lokalnych. Ilość tych kosztów jest znaczna, a Odwołujący całkowicie je pominął w swoich wyjaśnieniach, nawet nie wskazując, jaki jest ich procentowy udział w całości ceny. To także musiało skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego, albowiem tego rodzaju lakoniczne wyjaśnienia z całą pewnością nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, jakie powstało wskutek skierowania do wykonawcy wezwania do jej wyjaśnienia.

Odwołujący dopiero w odwołaniu wskazuje na dodatkowe okoliczności, których nie zawierały wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 24 maja 2021 r., w tym takie jak: krótszy czas wykonywania prac przy wykorzystaniu rur żeliwnych w porównaniu z rurami stalowymi, co obniża koszty po stronie wykonawcy (koszt utrzymania potencjału ludzkiego, praca środków transportu, utrzymania dróg dojazdowych itp.); koszty materiału żeliwnego i armatury do wykonania sieci wodociągowej, kruszywa granitowego, rur przewiertowych, robót bitumicznych (łącznie na kwotę 25.137.038,91 zł brutto); stan zatrudnienia u Odwołującego (ok. 60 osób na umowę o pracę).

Zamawiający nie ocenia przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę na podstawie informacji zawartych w odwołaniu, lecz na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Wszelkie nowe okoliczności, twierdzenia, dowody, które nie były przedmiotem wyjaśnień ze strony Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie mogą wpłynąć na zmianę decyzji Zamawiającego i nie mogą przesądzać o jej nieprawidłowości. W konsekwencji te informacje należy uznać za spóźnione. Okoliczności podniesione w odwołaniu wskazują jednoznacznie, że Odwołujący musiał mieć świadomość niezwykle ubogiego zakresu merytorycznego złożonych wyjaśnień, skoro poszerzył swoją argumentację o wątki nie przedstawione w treści wyjaśnień. Nie zmienia to jednak faktu, że są to działania spóźnione i nie mające wpływu na ocenę prawidłowości decyzji podjętych przez Zamawiającego. Poza tym nawet te dodatkowe okoliczności nie przesądzają o tym, że Odwołujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Nadal argumentacja Odwołującego bazuje na ogólnikowych sformułowaniach, bez szczegółowego i wyczerpującego wyjaśnienia, jaki jest wpływ tych okoliczności na sposób skalkulowania ceny ofertowej w jej podstawowych elementach, będących przedmiotem zapytań ze strony Zamawiającego.

W związku z ogólnikowym i lakonicznym charakterem złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, brak jest podstaw do ewentualnego unieważnienia przez Izbę czynności wyboru oferty i zobowiązania Zamawiającego do ponownego wezwania ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dodatkowych lub uzupełniających. Zamawiający mógłby wyłącznie wówczas wezwać Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, gdyby pierwsze wyjaśnienia zostały złożone w sposób należyty, tj. odnosiły się do konkretnych kwestii poruszanych w treści wezwania, a po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami po stronie Zamawiającego pojawiły się nowe wątpliwości lub zagadnienia do wyjaśnienia.

Zamawiający mógłby wezwać Odwołującego jedynie do ponownego wyjaśnienia tych samych okoliczności, co należałoby uznać za niedopuszczalne. Skoro wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowywaniu wyjaśnień co do ceny ofertowej, Zamawiający nie miał i nie ma obowiązku dalszego dopytywania go w tym zakresie. Naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

IV Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.

U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1229).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 22, art. 7 i art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a, art. 22c, art. 22d, art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 7: 1. 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.

1a. Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 22 ust. 1 pkt 2: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 22 ust. 1a: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 22c: 1. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

2. Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Zamawiający wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub protokole powody zastosowania takiego wymogu.

3. Zamawiający może wymagać informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 2, jeżeli określi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przejrzyste i obiektywne metody i kryteria, na podstawie których uwzględni te informacje.

4. Jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1-3 stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny obrót także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia, na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

5. Jeżeli zamówienie oparte na umowie ramowej jest udzielane w przypadkach, o których mowa w [art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b](#) lub c, wymóg posiadania minimalnego rocznego obrotu oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie, lub, w przypadku braku takich informacji, na podstawie wartości umowy ramowej. W przypadku dynamicznego systemu zakupów wymóg posiadania minimalnego rocznego obrotu wyliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które mają być objęte tym systemem.

Art. 22d: 1. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

2. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Art. 25 ust. 1: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub

roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 87 ust. 1: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust. 1 pkt 4: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 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 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](#));
- 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.

Art. 90 ust. 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.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jakkolwiek Izba uznała, że wszelkie zarzuty odwołania dotyczące wezwań Zamawiającego z 15 kwietnia 2021 r. i 14 maja 2021 r. są spóźnione, a kwestie wezwań tych mogą być rozpatrywane wyłącznie w kontekście późniejszego odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a. Odwołanie zaś zostało wniesione dopiero 25 czerwca 2021 r.

Niezależnie od powyższego należy jednak zauważyć, że – jak wynika zarówno z treści art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”), jak i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się [zamawiającemu] rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”) – wezwania takie nie są obarczone żadnymi szczególnymi warunkami nałożonymi na zamawiających. W przypadku więc wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystarczą wątpliwości zamawiającego co do treści oferty, zaś wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wątpliwości co do poprawności ceny oferty, tj. czy nie jest ona zbyt niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem szczególnym i zawarte tam wskazania procentowe regulują wyłącznie jedną sytuację – w której ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek wezwania wykonawców do wyjaśnień poziomu ceny („w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”).

Ze względu na charakter wezwania – czy to z art. 87 ust. 1, czy też art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – oczywiste jest, że wezwanie nie musi dotyczyć wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a jedynie tych, których wątpliwości zamawiającego dotyczą – których oferta jest niejasna merytorycznie lub której cena jest dla zamawiającego niepokojąco niska. Naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogłoby natomiast nastąpić nie w sytuacji, w której zostanie wezwany tylko

jeden wykonawca (np. ten z najniższą ceną), lecz w której nie zostaną wezwani wszyscy wykonawcy, których takie same okoliczności dotyczą. Podobnie – jeśli nie zostaną odrzucone wszystkie oferty zawierające daną wadę będącą powodem odrzucenia. Nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu.

Co zaś do żądania dodatkowych dokumentów w stosunku do wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – dokumenty, o których mowa w tym przepisie, nie są w ogóle dokumentami, o których mowa w art. 87 ust. 1 czy art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawą ich żądania są właśnie wskazane przepisy, w szczególności art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wprost mówi o przedstawieniu dowodów (które ze swojej istoty nie będą się znajdować w ofercie). Sporządzenie tego typu załączników do wezwania do wyjaśnień rzeczywiście, jak wskazał to Przystępujący, jest częstą praktyką zamawiających – co więcej, co do zasady ocenianą pozytywnie, gdyż w swoim założeniu ułatwiający wykonawcom ukierunkowanie składanych wyjaśnień na oczekiwania zamawiających. To, że akurat w niniejszym postępowaniu treść samego wezwania, jak też sporządzonego przez Zamawiającego załącznika (*notabene* będącego integralną częścią wezwania), nie spotkała się z aprobatą Odwołującego, jest odrębną kwestią, która nie będzie przez Izbę oceniana ze względu na to, że, jak wskazano powyżej, sama treść wezwań takiej ocenie Izby nie podlega.

Co zaś do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a, art. 22c, art. 22d ustawy Prawo zamówień publicznych – nie mają one w ogóle zastosowania w niniejszej sprawie. Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu wystąpienia okoliczności, o których mowa w tych przepisach, jak też w ogóle się do tych okoliczności nie odnosił. Poruszenie zaś w ramach wyjaśnień oferty kwestii lokalizacji siedziby Odwołującego nie było związane z oceną jego zdolności do wykonania zamówienia, ale z kosztami jego wykonania, które się z tą lokalizacją wiążą – jak wskazał Zamawiający zwłaszcza koszt relokacji pracowników i sprzętu.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego, treść wezwań do wyjaśnień i udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i

Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też odrzuceniu podlega oferta 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.

Jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Zamawiający powołał fakt, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień oferty z 15 kwietnia 2021 r. z 26 kwietnia 2021 r. Odwołujący odmówił szczegółowego rozbicia cen, o które prosił Zamawiający – odmówił odpowiedzi na 26 pytań wskazując, iż wystosowane zapytanie pozbawione jest podstaw prawnych, w zakresie zaś pozostałych pytań potwierdził tylko lakonicznie wykonanie zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W związku z brakiem wystarczających wyjaśnień Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy przyjęcie oferty Odwołującego będzie gwarantowało należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, z uwagi na powstałe wątpliwości i brak ich wyjaśnienia, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia cen, które w ocenie Zamawiającego budzą wątpliwości i wydają się rażąco niskie.

W odpowiedzi, 24 maja 2021 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w jego ocenie brak jest podstaw do zastosowania procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta jest niższa od budżetu Zamawiającego tylko o 4,1% (według Zamawiającego oferta ta jest niższa o 20,1% od budżetu Zamawiającego oraz o 23,5% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert). Z wiedzy Zamawiającego wynika, że cena za rury żeliwne wraz z ich ułożeniem jest wyższa od ceny za rury stalowe wraz z ich ułożeniem o około 40%, co potęguje wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za zbyt ogólnikowe i niewyczerpujące, a treść wyjaśnień niewystarczająco uzasadnia podaną w ofercie cenę jako rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy. Złożenie zaś ogólnikowych wyjaśnień, w taki sposób jak uczynił to Odwołujący, należy traktować jako brak złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji obliguje Zamawiającego do tego, aby taką ofertę odrzucić. Sytuacja bowiem wykonawcy, który nie składa w ogóle żadnych wyjaśnień, jest identyczna z sytuacją wykonawcy, który co prawda składa wyjaśnienia, ale ograniczają się one do ogólnych zapewnień, że cena jest realna, czy też że wykonawca jest doświadczonym wykonawcą. W tym zakresie funkcjonuje od wielu lat ukształtowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. W przesłanym

wzwaniu o udzielenie wyjaśnień Zamawiający udostępnił Odwołującemu gotowy arkusz kalkulacyjny z wyszczególnionymi najważniejszymi materiałami i formularzem podziału ceny, który wraz z dowodami, w ocenie Zamawiającego, w sposób wyczerpujący umożliwił pełne wyjaśnienie złożonej oferty. Wykonawca z tej propozycji nie skorzystał i załączył wyjaśnienie bez podania szczegółowych danych. Odwołujący w treści swoich wyjaśnień zarzucił Zamawiającemu próbę zdyskredytowania oferty z uwagi na odległość siedziby od miejsca realizacji inwestycji i na potwierdzenie możliwości realizacji inwestycji w tej lokalizacji załączył referencje potwierdzające realizację robót, jak też wskazał na doświadczenie w realizacji inwestycji w sąsiadującym rejonie i rozeznanie w zakresie dostępnych firm podwykonawczych, nie przedstawiając żadnych listów intencyjnych bądź umów o współpracy z żadną z firm podwykonawczych. W ocenie Zamawiającego wskazane założenia realizacyjne są też niemożliwe do zrealizowania z uwagi na przyjętą technologię realizacji i możliwość oddania odcinka dopiero po przeprowadzonych próbach szczelności, które mogą się odbywać tylko pomiędzy komorami, co Zamawiający precyzyjnie opisał w dokumentacji projektowej. Odwołujący powołał się też na 30-letnie doświadczenie na rynku i z tego powodu znacznie lepsze warunki handlowe i niższe ceny od podwykonawców i hurtowni. Zdaniem Zamawiającego doświadczenie wykonawcy przy analizie ceny oferty może być brane pod uwagę wyłącznie jako dodatkowa okoliczność, która w żaden sposób nie może przesądzać o tym, czy akurat ta cena, w tym konkretnym postępowaniu została należycie skalkulowana. Obowiązkiem wykonawcy jest przede wszystkim złożenie konkretnych wyjaśnień popartych dowodami, odnoszących się do zaoferowanej ceny. Odwołujący przedstawił też trzy oferty od producentów – na rury żeliwne, rury precyzyjne oraz kruszywo granitowe, które (tylko trzy materiały) nie urealnijają ceny oferty. Zamawiający w swoim wezwaniu zwrócił szczególną uwagę na konieczność wyjaśnienia m.in. cen komór technologicznych, a zwłaszcza cen przyjętej armatury, która dla tak dużych średnic stanowi znaczny koszt inwestycji i nie jest materiałem ogólnodostępnym a także materiałów i robót związanych z odtworzeniem nawierzchni. Przesłane trzy oferty w żaden sposób nie wyjaśniają nierealnych, zdaniem Zamawiającego, cen dotyczących m.in. komór technologicznych i nawierzchni drogowych. Dodatkowo przesłanie ofert od dostawców to tylko „sucha” informacja, która nie obrazuje tego, jak to się przekłada na zaoferowaną cenę, co było obowiązkiem Odwołującego. Odwołujący nie wyjaśnił też, jakie koszty osobowe przewidział przy realizacji zamówienia, tzn. ile osób przewidział to realizacji zamówienia, z podziałem na poszczególne funkcje oraz kosztami związanymi z wynagrodzeniem tych osób. Koszty osobowe są niezwykle istotne w kształtowaniu ceny ofertowej. Nie opisał, a tym samym nie wykazał, w jakiej wysokości przewidział koszty związane ze zorganizowaniem bazy sprzętowej, hotelowej itp., co ma szczególnie istotne znaczenie w sytuacji, kiedy wykonawca nie posiada siedziby, bazy sprzętowej w pobliżu miejsca prowadzenia inwestycji.

Odwołujący nie przedstawił żadnej oferty potencjalnych podwykonawców, którzy mogliby realizować poszczególne zakresy prac. Odwołujący, poza głośnym twierdzeniem, że posiada niezbędny sprzęt, nie przedstawił dowodów na posiadanie tego sprzętu, nie opisał, jaki to sprzęt itp. Ponadto nie wskazał kosztów związanych z tym sprzętem w cenie ofertowej. Nie opisał również, jak przekłada się posiadanie wymaganego sprzętu na ewentualne oszczędności z tym związane. Wykonawca nie zaprezentował, jakie koszty materiałowe zostały przewidziane w cenie oferty, potwierdzone dodatkowo ofertami dostawców tych materiałów. Nie wskazał też, na jakim poziomie przyjął inne koszty niezbędne do realizacji umowy, np. koszty ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zorganizowania zaplecza budowy, koszty zarządu, energii elektrycznej, koszty dokonania zmian w dokumentacji projektowej, opłaty administracyjne i inne wynikające z uzyskanych decyzji, koszt wody do płukania całej magistrali, koszty związane z ochroną drzew, koszty dzierżawy tymczasowych placów składowych. Tym samym przedłożone wyjaśnienia nie zostały przygotowane rzetelnie i są bardzo ogólne, w większości niepoparte dowodami. Ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień mogłoby zostać potraktowane jako naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wady wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego pismem z 24 maja 2021 r. (z odwołaniem do wyjaśnień udzielonych 26 kwietnia 2021 r. na wezwanie z 15 kwietnia 2021 r.), opisane powyżej, które, jak ustaliła Izba, pokrywają się ze stanem faktycznym, Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego nie jest nieprawidłowe z proceduralnego punktu widzenia.

Również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy jest logiczne i przekonujące.

Izba przy tym nie odnosi się do częściowego wskazania, które założenia cenowe Odwołującego są nierealne, gdyż ich nie oceniała ze względu na wadę samych wyjaśnień w postaci braku kompleksowych, wymaganych wyjaśnień. Izba nie będzie powtarzała tych braków wskazując jedynie, że zostały one prawidłowo wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty i zostały już wymienione powyżej.

Niezależnie bowiem od tego, czy Odwołujący uważał, że jego oferta jest prawidłowa pod względem ceny, zobowiązany był do zastosowania się do wezwania Zamawiającego skierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i udzielenie mu wyjaśnień na takim poziomie szczegółowości, o jaki został poproszony. Sam fakt, że nie zgadzał się z wezwaniem, czy też uważał pytania Zamawiającego za zbędne, zbyt drobiazgowo i obszerne, nie zwalniał go z tego obowiązku. Dodatkowo, niezależnie od tego, że Odwołujący nie skorzystał z formularza wyceny przygotowanego przez Zamawiającego,

nie udzielił też wyjaśnień „zamiennych” w żadnej innej formie, skupiając się, jak podkreślali Zamawiający i Przystępujący, głównie na negowaniu wezwania.

Odwołujący oczywiście miał prawo takie wezwanie zanegować, ale jednocześnie powinien zaakceptować konsekwencje, jakie to ze sobą niesie, a przewidziane w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z tym przepisem, jeśli wykonawca nie przedstawi wyjaśnień albo przedstawi wyjaśnienia, które nie pozwolą zamawiającemu na dokonanie pozytywnej oceny oferty, oferta taka podlega odrzuceniu – i nie ma w tym przypadku znaczenia obiektywny fakt, że kwestionowana cena oferty być może nie jest ceną rażąco niską. To powinno bowiem zostać wykazane w ramach przedmiotowych wyjaśnień. Jednocześnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika wyraźnie, że to wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązkowe przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, służą bowiem temu, aby dać wykonawcy szansę na wyjaśnienie swojej oferty i udowodnienie, że jest ona prawidłowa – Odwołujący zaś tej szansy nie wykorzystał, pomimo że Zamawiający w rzeczywistości dał mu taką szansę dwukrotnie – stosując na wstępie wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo że jego charakter bardziej odpowiadał wezwaniu z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, ewentualnie koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw,

w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy.

Z kolei § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Zamawiający nie złożył żadnego wniosku kosztowego. W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Przewodniczący: