

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz J. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz z siedzibą w Przeworsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Jawornik Polski

przy udziale wykonawcy Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńczy

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Jawornik Polski unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz J. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Jawornik Polski i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz J. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Jawornik Polski na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz J. L., prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Gmina Jawornik Polski (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowościach Hadle Szklarskie, Hadle Kańczuckie, Manasterz i Zagórze w ramach projektu Uporządkowanie gospodarki ściekowej Etap II - budowa części kanalizacji sanitarnej na terenie Aglomeracji Manasterz oraz montaż instalacji fotowoltaicznych dla przepompowni i oczyszczalni ścieków przez Gminę Jawornik Polski.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 660310-N-2018. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 25 marca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie oraz J. L., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz z siedzibą w Przeworsku (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych lub art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez podjęcia jakiegokolwiek próby wyjaśnienia elementu szczegółowego (odwodnienia) tj. zaniechanie wezwania do wyjaśnienia kwestii ewentualnej rozbieżności w zakresie elementu szczegółowego (odwodnienie) w złożonym w ramach wyjaśnień kosztorysie pomocniczym (poglądowym),
- art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu uznania, że założone przez niego w złożonym kosztorysie pomocniczym koszty pośrednie są nieprawidłowe i powodują, że Zamawiający nie może dać wiary złożonym wyjaśnieniom,
- art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez brak podania wystarczającego uzasadnienia faktycznego dotyczącego odrzucenia oferty z uwagi na przyjętą wysokość kosztów pośrednich,

- art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez brak należytego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie innych powodów niż podane w uzasadnieniu,
- w konsekwencji naruszenia ww. przepisów Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał podniesione zarzuty. Podkreślał, że wykonawcy tworzący konsorcjum posiadają długie doświadczenie w realizacji kanalizacji sanitarnej, nie zatrudniają podwykonawców, co minimalizuje koszty pośrednie. Wysokość ceny oferty była przemyślana. Podkreślał, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową (nazywa ryczałt daleko idącym, ponieważ umowa i cytowane w odwołaniu i w piśmie procesowym postanowienia SIWZ opierają zakres przedmiotu umowy wyłącznie na dokumentacji projektowej, kosztorys miał wyłącznie znaczenie w przypadku konieczności rozliczenia robót po odstąpieniu od umowy).

Odnosnie kosztu odwodnienia wyjaśnia, że w kosztorysie pomocniczym załączonym do wyjaśnień dokonano wyceny w oparciu o słowo „komplet” zawarte w przedmiarze, co spowodowało niejasności. Podnosi, że dokumentacja geologiczna została wykonana w latach 2007-2008 i warunki gruntowe mogły się od tego czasu znacznie zmienić. Poziom wód gruntowych spada, może się okazać, że tych robót może wcale nie być. Wyjaśnia, że odwodnienia nie da się wykonać ani rozliczyć samodzielnie, ponieważ konieczność jego wykonania wynika z wykonywania innych prac (jeżeli w wykopie pojawi się woda, następuje konieczność odwodnienia). Koszt odwodnienia oszacowany w kosztorysie inwestorskim na poziomie 183 000 zł może więc w rzeczywistości wynieść 30-40% tej kwoty, a może też nie być go wcale. Ze względu na konstrukcję umowy i cenę ryczałtową, to na wykonawcy w całości ciąży ryzyko wyceny umowy, w tym odwodnienia.

Na dowód posiadania odpowiedniego doświadczenia składa wykaz ważniejszych zadań wykonanych przez Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz J. L.

Odnosnie kosztorysu pomocniczego zauważał, że gdyby go złożył, zgodnie z SIWZ, przed zawarciem umowy, to ewentualna nieścisłość w zakresie wyceny odwodnienia byłaby uzgadniana, względnie poprawiana. Dodawał, że przedstawiony przez niego kosztorys miał rezerwy w zakresie sprzętu, które można było przeznaczyć na inne elementy. Zwracał uwagę, że w zestawieniu wyliczeń Odwołującego i Przystępującego przedstawionych na str. 6 odwołania koszty sprzętu Odwołującego są wyższe od kosztów sprzętu Przystępującego o kwotę około 263 000 zł. Odnosnie kosztów pośrednich wskazywał, że jest to kategoria zależna wyłącznie od konkretnego wykonawcy. Koszty te przedstawia w zał. nr 1 do pisma procesowego złożonego w dniu 4 kwietnia. Jako dalsze załączniki załączono oferty potwierdzające rzetelność kosztów podanych w tabeli. Zauważał, że niektóre elementy są

przeszacowane, np. nie będzie przekroczeń terenów kolejowych (na terenie objętym zadaniem jest tylko 1 kolejka turystyczna wąskotorowa).

Załączył również umowy o pracę ze wskazanym miejscem zamieszkania – koszty dojazdu pracowników będą znacznie niższe, niż szacowane przez Przystępującego. Zwraca uwagę, że obaj konsorcjanci prowadzą firmy rodzinne, co powoduje, że koszty ogólne zarządu są na poziomie minimalnym. Do wyjaśnień załączył roczne sprawozdanie Budomont (deklaracja o wysokości osiągniętych przychodów wraz z zestawieniem kont i sald analitycznych): koszty ogólne kształtują się na poziomie 2%.

Powyższe aspekty powinny być zbadane przez Zamawiającego z wykorzystaniem biegłego bądź projektanta, czego Zamawiający zaniechał.

Koszty sprzętu Odwołującego są na poziomie znacznie wyższym, niż wyliczenia Przystępującego, a Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty, bardzo ogólnikowo wskazał przyczyny związane ze sprzętem.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Oświadczył na rozprawie, że nie neguje doświadczenia i potencjału konsorcjantów, niemniej w tym postępowaniu powziął wątpliwość odnośnie wysokości zaoferowanej ceny. Nie obligował Odwołującego do załączenia do wyjaśnień kosztorysu, natomiast Odwołujący sam go złożył na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Zamawiający dokonał weryfikacji kosztorysu – uzyskał opinię specjalisty ds. budowlanych.

W odpowiedzi na pytanie przewodniczącej, czy opinia specjalisty jest w aktach Zamawiający odpowiedział twierdząco, natomiast na pytanie, czy jest znana Odwołującemu, odpowiedział przecząco. W tym miejscu Odwołujący oświadczył, że nie wiedział, że taka opinia została wydana.

Zamawiający w oparciu o tę opinię uznał, że koszty Odwołującego są nierealne. Podnosił, że koszt odwodnienia jest istotny, ponieważ zadanie będzie realizowane w dorzeczu rzeki na terenach nizinnych i każdy wykop może powodować konieczność odwodnienia.

Złożone dokumenty i pismo Odwołującego nie wyjaśniają poziomu zaoferowanej ceny, a nowe informacje są spóźnione, ponieważ powinny być znaleźć się w wyjaśnieniach.

Dodatkowo Zamawiający zgłaszał na rozprawie wątpliwości odnośnie możliwości realizacji równocześnie, oprócz 14 prowadzonych budów czynnych, kolejnej realizacji, przez małą firmę rodzinną.

Ponadto zwracał uwagę, że na str. 8 pisma procesowego Odwołujący wskazuje, że koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy są minimalne, ponieważ zamierza wpłacić zabezpieczenie w formie pieniężnej – Zamawiający zadawał pytanie, czy to na pewno leży w interesie wykonawcy, skoro może uzyskać ubezpieczenie za kilka tysięcy zł.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie sprostął wymogowi złożenia wyczerpujących wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcy (dalej: Przystępujący).

Przystępujący podnosił, że ramy postępowania są zakreślone przez zarzuty odwołania. Art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych daje Zamawiającemu możliwość zwrócenia się z prośbą o wyjaśnienia, jeżeli powziął wątpliwości. Zamawiający ma swobodę czy pytać o całość, czy o część zadania. Odwołujący w ocenie Przystępującego złożył wyjaśnienia oparte na gołosłownych twierdzeniach bez poparcia dowodami. Jego stanowisko przedstawione na rozprawie przeczyło – według Przystępującego - pierwszym wyjaśnieniom. Dalsze wyjaśnienia byłyby konsultacjami albo niedozwolonymi negocjacjami. Akceptacja oferty Odwołującego stanowiłaby naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Przystępujący zwracał uwagę, że skoro Odwołujący złożył dwa kosztorysy, w tym jeden poprawiony, to w takim razie który z nich jest prawidłowy i rzetelny. Nie ulega dla Przystępującego wątpliwości, że różnica pomiędzy kosztem odwodnienia zaoferowanym przez Odwołującego na poziomie 183 zł, a kosztem z kosztorysu inwestorskiego na poziomie 195 000 zł jest rażąco dysproporcją. Tłumaczenie kosztów pośrednich przez przyrządek podatku VAT jest nieadekwatne i nieuprawnione. Przystępujący zastanawiał się, że skoro Odwołujący złożył już deklarację ZUS DRA, to po co składał do akt postępowania odwoławczego umowy o pracę (5 umów, bo jedna w 2 egzemplarzach). Podnosi, że wyjaśnienia Odwołującego z 23 stycznia 2019 r. były częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (załączniki do pisma – z którymi nie mógł się zapoznać).

Odnośnie kosztów dojazdu podkreślał, że siedziba Przystępującego jest bliżej, a podał on wyższy koszt dojazdu. Wskazuje na niekonsekwencję w oświadczeniach Odwołującego odnośnie kwestii amortyzacji sprzętu. Doświadczenie w realizacji kanalizacji sanitarnych nie jest szczególnym atutem w tym postępowaniu, ponieważ każda z 6 firm, które złożyły oferty, ma takie doświadczenie. Wskazuje, że zadanie polega na realizacji 30 km kanalizacji i 21 przepompowni sieciowych, zatem koszt doświadczenia może być duży – w realizacji podobnego zadania o zakresie 1/3 niniejszego zadania poniósł koszt 500 000 zł.

Skoro Odwołujący zatrudnia 60 osób i prowadzi równocześnie 14 inwestycji, to mało prawdopodobne jest, że nie zatrudnia podwykonawców.

Ponadto podnosił, że koszt przekroczeń kolejki może być wysoki – realizował podobne przekroczenia i opłaty konieczne do uiszczenia na rzecz PKP były wysokie.

Ze złożonych przez Odwołującego dokumentów w ocenie Przystępującego nie wynika, że koszty pośrednie ma on na poziomie 2% - wynikałoby to z formularza F01, którego jednak nie złożył.

Przystępujący podnosił, że dodatkowo do kosztów pośrednich należy doliczyć koszty pracodawcy – składki ZUS itd.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pod nazwą: Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowościach Hadle Szklarskie, Hadle Kańczuckie, Manasterz i Zagórze w ramach projektu Uporządkowanie gospodarki ściekowej Etap II - budowa części kanalizacji sanitarnej na terenie Aglomeracji Manasterz oraz montaż instalacji fotowoltaicznych dla przepompowni i oczyszczalni ścieków. Cena oferty była ceną ryczałtową.
2. W dniu 17.01.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wzywając do wyjaśnienia wskazywał m.in. , że należy zwrócić szczególną uwagę na koszty robocizny i przedstawić koszty materiałowe oraz czynniki, które pozwalały wykonawcy na złożenie takiej ceny.
3. W dniu 23.01.2019 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.01.2019 r. w których oświadczył, że przedstawione w złożonej ofercie elementy składające się na cenę tejże oferty, zostały skalkulowane w sposób prawidłowy i rzetelny pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z

dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia. Do wyjaśnień załączył kosztorys oparty na przedmiarach załączonych do SIWZ. Złożenie kosztorysu nie było obowiązkowe na tym etapie postępowania - zgodnie z SIWZ, kosztorys należało złożyć dopiero na etapie zawarcia umowy. Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że specjalizuje się w robotach takich jak przedmiot zamówienia od ponad 20 lat (prowadzenie przedsiębiorstwa w tym zakresie), co determinuje posiadanie na stałym wyposażeniu całego sprzętu, budowlanego niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia (maszyny, urządzenia i pojazdy). Odwołujący wskazał, że dysponuje: maszyną do wykonywania przewiertów, maszyną do przepychów poziomych, koparko-ładowarkami, koparkami, samochodami dostawczymi, niwelatorami, zgrzewarkami do rur PE, zagęszczarkami gruntu, walcami. Na dowód posiadania sprzętu Odwołujący załączył do odpowiedzi na wezwanie zestawienie ewidencyjne składników majątku trwałego na dzień 31.12.2018 r. Ponadto Odwołujący wskazał, że zatrudnia na umowę o pracę pracowników obsługujących posiadany przez niego sprzęt, co pozwala na uwzględnienie w kosztach wykorzystania dla celów zamówienia niezbędnego sprzętu budowlanego obok wynagrodzeń pracowniczych, wyłącznie kosztów paliwa, ponieważ sprzęt, który został w założeniu przeznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia jest w przeważającej części całkowicie zamortyzowany, a koszty wynagrodzeń pracowników zostały ujęte w pozycji - robocizna. Odwołujący odnośnie do kosztów pracy pracowników, których wartość przyjęto do ustalenia ceny oferty, wskazał, że są one w pełni zgodne z Ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650). Odwołujący przedstawił również Deklarację rozliczeniową DRA oraz statystykę zatrudnienia na dowód zatrudniania pracowników w formie-umowy o pracę.

Z kolei odnośnie do kosztów materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie wskazał, że posiada część materiałów niezbędnych do wykonania; zamówienia, a odnośnie do pozostałych - wyliczając cenę oferty wziął pod uwagę rabaty i złożył dowody w tym zakresie. Z racji iż przedsiębiorstwa wchodzące w skład Konsorcjum działają na rynku od ponad 20 lat mają dostęp do korzystnych rabatów u swoich stałych dostawców. Odwołujący wskazał, że łączna kwota zakupu materiałów niezbędnych dla wykonania zamówienia kształtuje się na poziomie około 50,5% ceny oferty. Jako dowód na ceny materiałów Odwołujący załączył oferty cenowe dostawców, które zawierały materiały niezbędne do zrealizowania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał również na dotychczasowe realizowane przez siebie zamówienia wraz z podaniem ich wartości jako dowód na wiarygodność sposobu- wyliczenia ceny oferty, a także przedstawił Deklarację o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika - CU 2 za 2018 rok oraz Zestawienie obrotów i sald kont analitycznych z kosztami Ogólnymi Zarządu na dowód podstawy wyliczenia wysokości kosztów

pośrednich (ogólnych) zawartych w przedłożonym kosztorysie, bowiem dokumenty te były podstawą do wyliczenia realnych kosztów ogólnych spółki.

4. W dniu 7.03.2019 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo, w którym poinformował, że 19.02.2019 r. wpłynęło do niego pismo Przystępującego, przedstawiające wyliczenia dotyczące przedmiotu zamówienia i wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych do ustosunkowania się do przedmiotowego pisma (pismo Przystępującego informowało Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a tym samym zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca ten, uzasadniając twierdzenie o rażąco niskiej cenie Odwołującego wskazał, że zaoferowana przez Odwołującego cena odbiega od pozostałych ofert złożonych przez resztę oferentów oraz jest o 35% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Wykonawca ten, przedstawił również wyliczenia oparte o swoją wiedzę i doświadczenie, które miały potwierdzać zasadność zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Odwołującego.
5. W dniu 12.03.2019 r. Odwołujący złożył zamawiającemu pismo, w którym ustosunkował się do twierdzeń Przystępującego. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia dokładnie w tych samych kryteriach co Przystępujący. Wyliczenia obydwu wykonawców były następujące:
 - 1) Koszt materiałów: Odwołujący - 3 770 441,85 zł, Przystępujący - 4 261 000,00 zł;
 - 2) Robocizna: Odwołujący - 2 610 257,00 zł, Przystępujący - 2 691 000,00 zł;
 - 3) Koszty sprzętu: Odwołujący - 970 657,93 zł, Przystępujący - 703 000,00 zł;
 - 4) Razem: Odwołujący - 7 351 356,78 zł, Przystępujący - 7 655 000,00 zł.

Odwołujący wyliczając powyższe kwoty, wskazał w piśmie, jakie oferty dostawców brał pod uwagę, a także jakie błędy popełnił Przystępujący, obliczając dane kwoty.

6. W dniu 19.03.2019 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając odrzucenie w następujący sposób: „Zamawiający odrzuca ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, który nie udzielił wyjaśnień, a powstałe wątpliwości co do kalkulacji ceny dają podstawę do wskazania, że jest nierealna. Jednocześnie udzielone wyjaśnienia wskazują, że kalkulacja ceny nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i kosztów z nim związanych.” Dalej Zamawiający wskazał: „W dniu 23.01.2019 r. wykonawca udzielił odpowiedzi na treść pisma, ale jego wyjaśnienia są w niektórych częściach ogólnikowe, a przedstawiona w wyjaśnieniach dodatkowa kalkulacja ceny zaoferowanej w ofercie nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości co do dokonanej wyceny. Po powtórnej szczegółowej analizie wyjaśnień można także stwierdzić, że część przedstawionej kalkulacji cenowej odbiega od stanu rzeczywistego i wskazuje na zaniżoną wycenę niektórych pozycji (praktycznie nierealną). Udzielone wyjaśnienia nie dają pewności co do możliwości zrealizowania tego zamówienia w tej cenie.” Zamawiający między innymi wskazał, że:

1) Przyjęto z bardzo dużym ryzykiem cenę odwodnienia wykopów dla całości inwestycji na poziomie 183,33 zł (bez narzutów) netto. Z dokumentacji projektowej wynika, że warunki hydrotechniczne dla przedmiotowej inwestycji wymagają znacznie większych nakładów związanych z ilością pracy na odwodnienie wykopów. Kosztorys inwestorski Zamawiającego zakładał kwotę 195 640,80 zł na przeprowadzenie ww. prac. Kosztorys inwestorski był elementem przykładowego porównania potwierdzającego wątpliwość co do realności ceny ofertowej oraz udzielonych wyjaśnień.

2) Przyjęto bardzo niskie koszty pośrednie dla budowy na poziomie 2% - tak małe koszty pośrednie nie są realne dla pokrycia wszystkich kosztów które powinny być uwzględnione [...] Koszty pośrednie w kosztorysie inwestorskim z uwagi na charakter inwestycji i mnogość występowania wielu różnych kosztów została uwzględniona na poziomie 62%.

Dodatkowym argumentem, w ocenie Zamawiającego potwierdzającym niedoszacowanie kosztów ogólnych, jest oświadczenie Odwołującego, że cały sprzęt jest zamortyzowany oraz, że posiada on własny serwis. Zamortyzowany sprzęt może często ulegać awarii, co skutkuje poniesieniem kosztów na części zamienne i obsługę serwisową, które powinny być skalkulowane w kosztach ogólnych. Duża flota sprzętu generuje również, koszty ubezpieczenia OC maszyn, które powinny być również skalkulowane w kosztach ogólnych.

7. Ponadto Izba ustaliła, że w aktach postępowania o udzielenie zamówienia znajdują się trzy opinie osób posiadających wiadomości specjalne odnośnie wysokości ceny zaoferowanej przez Odwołującego (jedna pozytywna, z której wynikało, że wyjaśnienia Odwołującego są przekonujące i nie zaoferował on rażąco niskiej ceny, i dwie negatywne). Odwołujący nie tylko nie zapoznał się z tymi opiniami, ale nie wiedział, że zostały one wydane.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny było nieprawidłowe, co najmniej na obecnym etapie postępowania. Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności (zgodnie z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Zamawiający nie może odrzucać oferty na podstawie niejasnych przesłanek, nieznanymi wykonawcy. Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego na rozprawie, zreferowanego w I części uzasadnienia, powody odrzucenia oferty Odwołującego, jako oferującej rażąco niską cenę, były w rzeczywistości szersze, niż podane jako podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający posiadał opinie osób posiadających wiadomości specjalne, o sporządzeniu których Odwołujący nie wiedział. Odpowiedzi Odwołującego na wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w ocenie Izby były szerokie, wyczerpujące, zawierały liczne dowody, a przede wszystkim były skorelowane z wezwaniami Zamawiającego. Z kolei podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, podane przez Zamawiającego, nie tyle były wywiedzione wprost z wyjaśnień Odwołującego, ale opierały się na przypuszczeniach Zamawiającego. I tak, Zamawiający polemizując z argumentem Odwołującego, że posiada zamortyzowany sprzęt (co Odwołujący odpowiednio udokumentował), sugerował, że „Zamortyzowany sprzęt może często ulegać awarii, co skutkuje poniesieniem kosztów na części zamienne i obsługę serwisową, które powinny być skalkulowane w kosztach ogólnych.”. Takie stwierdzenie Zamawiającego nie ma żadnego oparcia w wyjaśnieniach Odwołującego, a w każdym razie w żaden sposób do nich nie nawiązuje. Podobnie Zamawiający na rozprawie argumentował, że co prawda „Odwołujący wskazuje, że koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy są minimalne, ponieważ zamierza wpłacić zabezpieczenie w formie pieniężnej – Zamawiający zadawał pytanie, czy to na pewno leży w interesie wykonawcy, skoro może uzyskać ubezpieczenie za kilka tysięcy zł”. Analogicznie sugestia Zamawiającego, że koszty pośrednie Odwołującego na poziomie 2 % są zaniżone, a powinny wynosić 65 % nie znajduje żadnego oparcia w wyliczeniach znajdujących się w aktach postępowania (nie wiadomo, dlaczego koszty pośrednie miałyby kształtować się na tak wysokim poziomie, jaki zdaniem Zamawiającego jest punktem odniesienia). Zamawiający wskazywał również, że

koszt odwodnienia jest zaniżony – jednak ze stanowisk Stron i Przystępującego wynikało, że szacunki kosztu odwodnienia obarczone są dużym ryzykiem błędu – dokumentacja geologiczna, będąca w posiadaniu Zamawiającego, ma ponad 10 lat, i na tym etapie postępowania nie da się przewidzieć z dużą dokładnością, jaki będzie rzeczywisty zakres odwodnienia, koniecznego do realizacji.

Porównując wyliczenia poszczególnych elementów prac, dokonane przez Odwołującego i Przystępującego (pkt 5 ppkt 1-4 powyżej), dostrzegalne jest, że koszt sprzętu Odwołujący wycenił na znacznie wyższym poziomie, niż Przystępujący – jeżeli poziom Przystępującego jest wyliczony – zgodnie z intencją Przystępującego – na minimalnym poziomie, to oznacza to że wyliczenia Odwołującego są zawyżone o prawie 300 000 zł. Kwota ta pokrywa koszt odwodnienia, nawet przy założeniu, że prognozy Odwołującego w tym zakresie są zbyt optymistyczne. Zatem nawet jeżeli w kosztorysie załączonym do pierwotnych wyjaśnień znalazł się błąd odnośnie wyceny odwodnienia, to w ocenie składu orzekającego sam ten błąd nie może dyskwalifikować oferty Odwołującego. Tym bardziej, że przy cenie ryczałtowej ryzyko ewentualnego błędu obciąża wykonawcę. Powyższa konstatacja nie oznacza, że przy cenie ryczałtowej Zamawiający nie może badać określonego, jednego z wielu elementów ceny – jednak po pierwsze, Odwołujący powinien być wprost zapytany o element, budzący wątpliwości Zamawiającego, a po drugie, ocena wyliczenia ceny jednostkowej i jej wpływu na stwierdzenie rażąco niskiej ceny całej oferty powinna być badana przez pryzmat okoliczności danej sprawy, tj. m.in. ze względu na wycenę innych pozycji oraz całokształt informacji podanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach.

Reasumując, w związku z zakresem przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego i treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, sama wycena odwodnienia nie mogła być podstawą stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Wystarczającą podstawą uznania, że w ofercie Odwołującego zaoferowano rażąco niską cenę w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być też wysokość kosztów pośrednich, ani też fakt posiadania przez Odwołującego w pełni zamortyzowanego sprzętu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, a decyzja o odrzuceniu oferty Odwołujący była co najmniej przedwczesna, dlatego orzeczono jak w sentencji, zgodnie z żądaniami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

Przewodniczący:

.....