

WYROK
z dnia 3 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/110, 31-155 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zgłaszającego sprzeciw: **Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zgłaszającego sprzeciw: **Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole**, kwotę **10 000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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 Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/110, 31-155 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku Laboratorium Aerodynamiki Środowiskowej Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Krakowskiej oraz kontenerowej stacji transformatorowej 15/0,0kV”, numer referencyjny: KA-2/050/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2020 r., nr 540149-N-2020. Pismem z dnia 21 lipca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o.

W dniu 27 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., którego oferta powinna podlegać odrzuceniu oraz prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., mimo że wykonawca nie wyjaśnił w sposób rzeczowy i uzasadniony, że cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, poza gołosłownymi twierdzeniami nie przedstawił skutecznych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a także nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco zaniżona,
- 4) art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. z tej przyczyny, że Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. nie wykazała, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Wartość zamówienia pn. Budowa budynku Laboratorium Aerodynamiki środowiskowej Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Krakowskiej oraz kontenerowej stacji transformatorowej 15/0,4kV, została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę 13.805.008,57 zł. W postępowaniu złożono 10 ofert. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wynosi 17.460.699,23 zł. Oferta Wykonawcy wynosiła 11.456.129,30zł i jest niższa o 34,39 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Oferta Wykonawcy zawiera zatem rażąco niską cenę. (...) Oferta Wykonawcy w stosunku do średniej ceny wykonania obiektu wraz ze stacją trafo jest ponad 36% niższa w stosunku do średniej ceny ofertowej. Ponadto Wykonawca podaje cenę za wykonanie m² powierzchni netto budynku, która jest o ponad 55% niższa w stosunku do średniej ceny m² według konkurencji. Nawiązując do średnich cen z publikacji tj. Biuletynu cen obiektów budowlanych, po analizie wykonania obiektów dydaktyczno-badawczych szkolnictwa wyższego, które dają najlepszy pogląd na średnie ceny podobnych obiektów wynika że średnia cena wykonania m² powierzchni netto powinna wynosić około 4950,00 zł, w zależności od elementów wykończeniowych. (...)

W ocenie odwołującego Wykonawca przy dokonywaniu wyceny, wbrew jego twierdzeniom nie uwzględnił wszystkich wymagań Zamawiającego. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazuje, że do wyliczenia ogólnej ceny przedmiotu zamówienia w głównej mierze posłużył się doświadczeniem i wyceną obiektu budowlanego zrealizowanego dla Centrum Kształcenia Praktycznego funkcjonującego pn. Budowa Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego na rzecz wzrostu gospodarczego regionu świętokrzyskiego Budynek dydaktyczno-warsztatowy z zapleczem biurowym, Kielce, ul. Łódzka. Wykonawca wskazuje, że w ramach w/w zadania zostały zrealizowane prace budowlano-wykończeniowe o podobnym charakterze i standardzie wykonania, jaki został przedstawiony przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał, że wybudowanie Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego kosztowało go średnio 2.471/ m² netto. Wykonawca bardzo ogólnikowo podnosił, że w takiej cenie zostały ujęte roboty ziemne, budowlano-konstrukcyjne, wykończeniowe oraz wyposażenie. Dalej wskazał lakonicznie, nie przedstawiając szczegółowych informacji, że po uwzględnieniu dokumentacji przetargowej zamówienia i udzielonych odpowiedzi roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z wyposażeniem zostały oszacowane w kwocie 2.730 zł/m². W ocenie odwołującego Wykonawca nie uwzględnił wszystkich wymagań Zamawiającego. Obiekt w stosunku do którego Wykonawca stosuje analogię znacznie odbiega od obiektu, który jest przedmiotem postępowania (...)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2020r. do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, Wykonawca lakonicznie w sposób tendencyjny oświadcza skąd wynika zaproponowana

cena. Wykonawca nie przedkłada żadnych skutecznych dowodów, które mają stanowić poparcie dla przedstawionych argumentów. Wykonawca twierdzi, że roboty wykona wykorzystując własny potencjał ludzki i sprzętowy, nie wykazując o jakim zasięgu są to zasoby; a także nie podaje jakichkolwiek wyliczeń określających wysokość kosztów pracy, ile osób będzie pracowało podczas realizacji zamówienia oraz jak będzie wypłacane wynagrodzenie, a także wysokość wynagrodzenia pracowników pracujących przy realizacji zamówienia. Wykonawca wskazuje także, że roboty budowlane zostaną wykonane przez jego kadrę pracowniczą, co pozwoli mu na uzyskanie dodatkowych oszczędności mających wpływ na wykonanie 1 m², podczas gdy w oświadczeniu przy ofercie wskazuje, że część robót budowlanych będzie wykonywał przy pomocy podwykonawców. W ocenie Odwołującego Wykonawca winien wskazać konkretnie jakiego rzędu są to oszczędności. Dodatkowo należy podnieść, iż filia Wykonawcy znajduje się w Bilczy, t.j. ok. 115 km od terenu budowy, co generuje dodatkowe koszty. Wykonawca także w tym punkcie wyjaśnień tylko oświadcza, że będzie korzystał z własnego sprzętu. Ale nie udowadnia jaki to sprzęt, w jakim stanie, jaka ilość. Niestety poza tymi słowami, Wykonawca nie przedkłada nawet pozornej kalkulacji oszczędności i kosztów prac własnym sprzętem czy własnymi pracownikami. (...)

Zamawiający, stosownie do art. 90 pzp wezwał Wykonawcę do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...) Nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia Firmy Budowlanej „ANNA-BUD” Sp. z o.o. nie obaliły wynikającego wprost z ustawy domniemania wadliwości złożonej oferty, ale wręcz przeciwnie, potwierdziły te okoliczności. Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. Złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, niepoparte - wobec twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach - żadnymi skonkretyzowanymi danymi i de facto brak jest informacji o okolicznościach faktycznych w tej sprawie, które miały wpływ na wysokość ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę. Jeżeli wyjaśnienia pozostawiają istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający powinien taką ofertę odrzucić.”

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru Firmy Budowlanej ANNA-BUD Sp. z o.o.,
- 2) wykluczenia wykonawcy Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. z postępowania,
- 3) odrzucenia oferty Firmy Budowlanej ANNA-BUD Sp. z o.o.,
- 4) dokonania czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert w postępowaniu,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 29 lipca 2020 r. wykonawca Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2020 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2020 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe zamówienie obejmuje swoim zakresem dwa tematy (zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych):

- budowę budynku Laboratorium Aerodynamiki Środowiskowej Wydziału Inżynierii Lądowej PK wraz z instalacjami wewnątrz i na zewnątrz budynku, a także z miejscami postojowymi, dojściami i dojazdami wraz z miejscem gromadzenia odpadów stałych, ze stojakami rowerowymi, przy al. Jana Pawła II 37 w Krakowie, na działce 21/276 obr. 6 Nowa Huta,
- budowę kontenerowej stacji transformatorowej 15/0,4kV oraz przyłączy elektroenergetycznych do budynków Laboratorium Aerodynamiki Środowiskowej i Komory Termoklimatycznej stanowiących wewnętrzną instalację Politechniki Krakowskiej na terenie Kampusu Czyżyny przy al. Jana Pawła II 37 w Krakowie na działkach 21/276, 21/277 obr. 6 Nowa Huta.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 11.349.535,09 zł netto, co stanowi 13.959.928,16 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 17.460.699,22 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 11.456.129,30 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest niższa o ok. 18% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 34,5% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W pkt 17.1. siwz zamawiający wskazał: Cena oferty będzie stanowić umowną cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującego tematy nr 1 i nr 2. Cena za wykonanie tematu nr 1 winna być skalkulowana na załączniku nr 2a do SIWZ - Wycena wskaźnikowa, który stanowi integralną część oferty, a następnie wpisana na Formularzu ofertowym.

Pismem z dnia 03.07.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wezwał m.in. o wykazanie, że określony w „Wycenie wskaźnikowej – temat nr 1” załączonej do oferty, wskaźnik w wysokości jednostkowej 4776,68 zł za m² zapewni jakość wykonania robót zgodnie z założeniami określonymi w załączonym do siwz m.in. pliku wyciąg_OT_LAB_AERO_wykonczenie.pdf oraz udzielonymi odpowiedziami zamawiającego do siwz. Ponadto zamawiający wezwał do „przedstawienia szczegółowszej kalkulacji ceny ofertowej uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami”.

W odpowiedzi z dnia 08.07.2020 r. przystępujący wskazał, że cena jego oferty nie odbiega znacznie od wartości szacunkowej zamówienia i że to oferty innych wykonawców są wygórowane. Oświadczył, że cena jego oferty jest realna i pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Powołał się na swoje wieloletnie doświadczenie, kadrę przeszkoloną do wykonania kosztownych sufitów akustycznych, co pozwala uzyskać dodatkowe oszczędności, bogatą bazę sprzętową, własne szalunki i rusztowania. Dodał, że zamawiający nie wymagał szczegółowej kalkulacji cenowej, cena jego oferty została opracowana na podstawie własnych wyliczeń i zebranych ofert, a wszelkie niezbędne ceny jednostkowe wykonania m² zostały rozbite w tabeli „Wycena wskaźnikowa – temat nr 1” załączonej do oferty. Ponadto przystępujący wskazał:

„Zaznaczamy, że do wyliczenia ogólnej ceny m² przedmiotu zamówienia w głównej mierze posłużyliśmy się doświadczeniem i wyceną obiektu budowanego zrealizowanego dla Centrum Kształcenia Praktycznego. Służący jako przykład obiekt pn. „Budowa Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego na rzecz wzrostu gospodarczego regionu świętokrzyskiego Budynek dydaktyczno-warsztatowy z zapleczem biurowym, Kielce ul. Łódzka” składał się z budynku dydaktycznego o powierzchni użytkowej 2.471,20 m² (w załączeniu opis z projektu dotyczącego budowy Centrum Kształcenia Praktycznego). W ramach w/w zadania zostały zrealizowane prace budowlano-wykończeniowe o podobnych charakterze i standardzie wykonania jaki został przedstawiony przez Państwo w przekazanej na etapie postępowania dokumentacji przetargowej. Obiekt ten został oddany do użytkowania pod koniec marca 2020r., dlatego też koszt jego wykonania jest stosunkowo realny i bazuje na bieżących cenach rynkowych. Dodatkowo pragniemy zaznaczyć, iż aktualna sytuacja na rynku inwestycyjnym (niższe koszty robocizny w porównaniu do roku 2019) pozwala na zaproponowanie Inwestorom korzystniejszych ofert realizacji inwestycji.

Po dokonaniu szczegółowych przeliczeń wybudowanie Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego kosztowało nas 2.471 zł/m² netto. W cenie tej zostały ujęte roboty ziemne, budowlano-konstrukcyjne, wykończeniowe oraz wyposażenie. Ponadto wyliczając kwotę podaną w naszej ofercie uwzględniliśmy różnice jakie wynikały pomiędzy Państwa

dokumentacja przetargową, a zrealizowanym i oddanym do użytkowania obiektem. Po uwzględnieniu Państwa dokumentacji przetargowej oraz udzielonych odpowiedzi roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z wyposażeniem zostały przez nas oszacowane w kwocie netto 2.730 zł/m² (w załączeniu przedstawiamy tabelę elementów scalonych z kosztorysów Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego).

Zaznaczamy, że branża instalacji sanitarnych i elektrycznych została wyceniona na podstawie własnych kalkulacji cenowych oraz na podstawie otrzymanych na etapie postępowania przetargowego ofert dostawców materiałów i urządzeń (w załączeniu oferty).

Pragniemy także zaznaczyć, że przy dokonaniu wyliczeń branży budowlano-konstrukcyjnej także bazowaliśmy na ofertach dostawców i wykonawców. Głównie były to oferty na elementy nietypowe i różniące Państwa obiekt od obiektu zrealizowanego przez nas, czyli Kieleckie Centrum Kształcenia Praktycznego, a mianowicie na dostawę i montaż windy oraz wykonanie elewacji z profili stalowych malowanych proszkowo.

Do wyceny przyjęta została stawka roboczogodziny w wysokości 22 zł netto. Zatem cena netto m² podana w naszej ofercie 4.776,68 zł jest składową wynikającą z ceny m² robót budowlano-konstrukcyjnych wraz z wyposażeniem tj. 2.730,00 zł/m² oraz cen jednostkowych m² poszczególnych instalacji sanitarnych i elektrycznych, które wchodzi w ogólną cenę m² wykonanie obiektu.

Powyższa cena 4.776,68 zł za m² jest ceną ryczałtową wyliczoną na podstawie zamieszczonej na etapie postępowania dokumentacji przetargowej, specyfikacji oraz na podstawie udzielonych odpowiedzi. Zawiera ona także wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia np. koszty prac przygotowawczych i porządkowych, koszty ubezpieczenia, dojazdu, dokumentacji powykonawczej, pozostałe koszty związane z odbiorami wykonanych robót oraz przeprowadzeniem prób i badań technicznych oraz wszelkie inne koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją niniejszego zamówienia, włączając w to próby, sprawdzenia oraz rozruchy i inne”.

Do wyjaśnień przystępujący dołączył:

- 1) opis z projektu dotyczącego Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego,
- 2) tabelę elementów scalonych – wyciąg z kosztorysu z branży konstrukcji oraz architektury Kieleckiego Centrum Kształcenia Praktycznego,
- 3) oferty podwykonawców złożone na etapie wyceny „postępowania przetargowego”,
- 4) certyfikaty ze szkolenia pracowników z systemów akustycznych.

Pismem z dnia 21.07.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że o ile co do zasady treść wezwania zamawiającego miała charakter ogólny, o tyle jednoznacznie zamawiający zażądał od przystępującego złożenia kalkulacji cenowej. Przystępujący natomiast żadnej kalkulacji nie złożył. Nie jest przy tym zasadny argument przystępującego, zgodnie z którym nie musiał on składać kalkulacji w formie kosztorysu, gdyż zamawiający nie żądał złożenia kosztorysu. Należy zauważyć, że przystępujący nie przedstawił kalkulacji cenowej ani w formie kosztorysu ani w żadnej innej formie, zatem argument przystępującego nie ma znaczenia dla istoty zarzutu. Kalkulacja nie została złożona, mimo jednoznacznego jej żądania przez zamawiającego, co stanowi samoistną podstawę do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. z powodu braku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień.

Odnosząc się do argumentu, zgodnie z którym zasadne byłoby w niniejszej sprawie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. W niniejszej sprawie żadna z ww. sytuacji nie zachodzi. Jak wskazano wyżej, w zakresie żądania kalkulacji ceny, wezwanie zamawiającego było jednoznaczne, natomiast przystępujący żadnej kalkulacji nie przedstawił. Tym samym, ponowienie prośby o jej złożenie, stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione w tym wypadku „danie wykonawcy drugiej szansy”.

Niezależnie od braku przedstawienia kalkulacji, należy zauważyć, że również treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie daje podstaw do uznania ceny jego oferty za realną. Przede wszystkim należy stwierdzić, że nie tylko treść wezwania zamawiającego określa zakres wyjaśnień wykonawcy. Niezależnie bowiem od wezwania zamawiającego, wytyczne co do tego, co powinny zawierać wyjaśnienia wynikają także z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego treść w przedmiotowej sprawie zamawiający przytoczył w wezwaniu. Nawet więc w braku sprecyzowania przez zamawiającego zakresu żądanych informacji, wykonawca powinien powołać się przynajmniej na te dotyczące go okoliczności, które zostały przez

ustawodawcę wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz przedstawić je w taki sposób, żeby jasno wynikało z nich, jak została skalkulowana cena oferty i że kalkulacja ta jest pełna, rzetelna i umożliwiająca należyte wykonanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie informacje przedstawione przez przystępującego nie wskazują przykładowo ani na jakiegokolwiek wyjątkowo sprzyjające mu warunki, ani na oryginalność projektu, ani nie wykazano w nich źródeł i wysokości konkretnych oszczędności, ani analizowane łącznie czy osobno nie dają one odpowiedzi na pytanie, skąd wzięła się cena oferty przystępującego.

W szczególności należy podkreślić, że nie stanowi uzasadnienia wysokości ceny oferty na wykonanie jednego zamówienia wskazanie kosztów wykonania innego zamówienia. Porównanie takie może być dokonane pomocniczo, natomiast nie może samo w sobie wyjaśniać sposobu kalkulowania ceny oferty dotyczącej konkretnego zamówienia. Tym samym wyjaśnienia przystępującego w zakresie kosztów wykonania budynku CPK w Kielcach i dołączona do tych wyjaśnień tabela elementów scalonych oraz opis z projektu dotyczące tego budynku, w żaden sposób nie mogą być uznane za dowód właściwej kalkulacji ceny oferty na wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia. Opieranie się w wyjaśnieniach na podawaniu kosztów wykonania budynku CPK w Kielcach rodzi nawet podejrzenie, że przystępujący w istocie nie przeprowadził rzetelnej kalkulacji kosztów konkretnie dla przedmiotowego zamówienia, skoro jego główne argumenty ograniczają się do powoływania się i porównywania z kosztami zupełnie innej inwestycji. Potwierdza to fragment wyjaśnień, w którym przystępujący pisze, że koszty instalacji oparł na kalkulacji własnej, co może oznaczać, że dla pozostałych elementów zamówienia nie dokonał żadnej własnej kalkulacji. Z pewnością także tabela elementów scalonych dla budynku CPK w Kielcach nie może zastąpić żądanej przez zamawiającego kalkulacji ceny oferty dotyczącej niniejszego zamówienia, tj. budowy Laboratorium Aerodynamiki i kontenerowej stacji transformatorowej dla Politechniki w Krakowie.

Również dołączone przez przystępującego oferty podwykonawców czy dostawców nie zawierają wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny oferty, gdyż dotyczą tylko niektórych elementów zamówienia, np. urządzeń dźwigowych, wentylacyjnych, grzewczych czy sanitarnych. Ponadto oferty te zostały dołączone do wyjaśnień bez żadnego wskazania w tych wyjaśnieniach, w jakim zakresie wynikające z nich ceny zostały uwzględnione w kalkulacji, jakie wynikają z tego oszczędności i jak w rezultacie wpływają one na cenę oferty.

Wreszcie podane w wyjaśnieniach: wieloletnie doświadczenie, kadra przeszkolona do wykonania sufitów akustycznych, bogata baza sprzętowa, własne szalunki i rusztowania, nie stanowią okoliczności dostępnych wyłącznie przystępującemu, czy wyjątkowo sprzyjających tylko jemu, a ponadto w żaden sposób nie wskazano w wyjaśnieniach, w jaki sposób i w jakiej wysokości okoliczności te przekładają się na cenę oferty.

Wobec braku złożenia kalkulacji cenowej oraz złożenia wyżej omówionych wyjaśnień, deklaracje przystępującego na temat realności ceny jego oferty nie mogą zostać uznane za udowodnione. Złożone wyjaśnienia nie dają żadnych podstaw do wywiedzenia, w jaki sposób przystępujący obliczył cenę oferty dla tego konkretnego zamówienia. Przy czym, jak wskazano wyżej, już sam fakt niezłożenia żądanej jednoznacznie kalkulacji cenowej, przesądza o ziszczeniu się wskazanej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przesłanki braku złożenia wyjaśnień w zakresie wprost żądanym przez zamawiającego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty wskazane w odwołaniu są zasadne. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 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