

Sygn. akt: KIO 643/21

WYROK
z dnia 19 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Szkocja, S. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe SYLWEX S. P.,** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., S. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe SYLWEX S. P. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zadanie IV.1 Budowa kolektora Lindego Bis*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 października 2020 r. pod numerem 2020/S 200-486268.

W dniu 1 marca 2021 r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o., S. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe SYLWEX S. P., wniosło odwołanie czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i w konsekwencji błędne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień i załączył dowody w zakresie, w jakim został wezwany przez Zamawiającego,
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, a w konsekwencji:
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający w wystosowanym wezwaniu określił minimalne wymagania, jakim powinny odpowiadać wyjaśnienia, m.in. poprzez sformułowanie: „Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma”. W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący złożył 1 lutego 2021 r. wyjaśnienia

oraz poparł je wymaganymi przez Zamawiającego dowodami – szczegółowymi kalkulacjami cen jednostkowych. Pismem z 19 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty z uwagi na rzekome niewykazanie, że zaoferowana cena w ofercie nie zawiera ceny rażąco niskiej. We wskazanej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymagał, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wymienione w załączonej do wezwania tabeli stanowiącej wzór kalkulacji zgodnie z załącznikiem nr 1 do pisma, tj. wartość netto wskazanego elementu prac, okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami, wskazanie pozycji Wykazu Cen, w której mieści się wyceniony element prac oraz wykaz załączników (dowodów) a to oznacza że był to minimalny katalog elementów do wykazania, że oferta jest skalkulowana w sposób prawidłowy.”

Odwołujący podniósł, że niezrozumiałe są zarzuty Zamawiającego wskazujące, że złożone wyjaśnienia są ogólne i lakoniczne, czy też nie załączono do nich stosownych dowodów, w sytuacji, gdy odpowiadają wymogom, które Zamawiający sam skonstruował. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający poprzez powyższą konstrukcję wezwania wskazał, jaki dowód ma dla niego znaczenie kluczowe i jaki będzie wystarczający do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierała elementy wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do wezwania z 18 stycznia 2021 r. Zgodnie z definicją ze słownika języka polskiego wyrażenie „co najmniej” oznacza „nadawca o tym, o czym mowa, mówi, że nie może być mniej niż to, ale może być więcej niż to”, co jednoznacznie wskazuje jakich dowodów żądał Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na udział w licznych postępowaniach o zbliżonych przedmiotach zamówienia omyłkowo załączył niewłaściwą ofertę dostawcy. Jednakże sporządzona kalkulacja została w sposób prawidłowy o ofertę właściwą, tym samym myli się Zamawiający zarzucając, że wskazana cena nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach wskazanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, czego dowodem jest załączona do odwołania oferta właściwa (tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, że w odniesieniu do poszczególnych pozycji w 66% przypadków nie wykazał okoliczności mających wpływ na zaoferowanie ceny. Podniósł, że wykazał zasadność co najmniej 91 % wartości netto poszczególnych pozycji. Pozostała część, która nie została poparta stosownymi okolicznościami, wynika z ich marginalnego znaczenia dla całokształtu kalkulacji bądź dotyczy pozycji, które nie wymagają wskazania konkretnych okoliczności, bądź też niemożliwe jest ich wykazanie z uwagi na okoliczności, które w momencie sporządzania kalkulacji nie są możliwe do przewidzenia, np. pkt 2.14, 3.3.8, 3.11, 3.13 kalkulacji. Zdaniem

Odwołującego, przedłożone przez niego szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych potwierdzają, że oferta ta została skalkulowana poprawnie i uwzględnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego zakwestionował jedynie jedną pozycję (3.2.3. *Materiały i wyposażenie dla realizacji komór tymczasowych i docelowych (poza KP 2) oraz studni rewizyjnych dostawa*) z przedstawionej kalkulacji, która w rzeczywistości ma znaczenie marginalne, nieistotne z punktu widzenia całokształtu kalkulacji (0,17% całkowitej wartości netto), tym samym Zamawiający nie wykazał rzekomej nierzetelności sporządzonej wyceny.

Odwołujący jako jeden z zarzutów odwołania wskazał na brak uzasadnienia faktycznego informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podniósł, że z lektury uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób w żaden sposób wyczytać, co w złożonych wyjaśnieniach (np. szczegółowych kalkulacjach ceny oferty Odwołującego) miałyby potwierdzać w ocenie Zamawiającego o wadliwości kalkulacji ceny oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niezwykle ogólny wskazał, że nie przyjął wyjaśnień kalkulacji ceny oferty, gdyż wyjaśnienia te mają w jego ocenie ogólnikowy charakter – nie zawierają żadnych szczególnych, merytorycznych informacji i danych, ewentualnie dotycząc tych pozycji kalkulacji, które mają charakter marginalny dla całości kalkulacji, bądź nie wymagają szczegółowego uzasadniania. Zdaniem Odwołującego takie ogólne stwierdzenia nie pozwalają podjąć w odwołaniu jakiegokolwiek merytorycznej polemiki. Co więcej, Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia prawnego podjętej czynności, a jedynie ograniczył się do przytoczenia podstawy prawnej. Uzasadnienie prawne powinno zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej czynności z przytoczeniem przepisów prawa, a więc być swoistym rozpisaniem zastosowanego w podstawie prawnej decyzji przepisów prawa materialnego w kontekście ustalonego stanu faktycznego, czego efektem jest rozstrzygnięcie. Tym samym nie można tak skonstruowanego „uzasadnienia”, uznać jako spełniającego przesłanki wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podniósł, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. Odwołujący powołał się również na orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, dotyczące znaczenia wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia oraz jej wyjaśnienia.

Odwołujący dodał, że poszukując intencji składającego oświadczenie woli najpierw należy się posłużyć wykładnią językową, która ma podstawowe znaczenie dla rozumienia określonych oświadczeń woli, ponieważ dla adresatów tych oświadczeń posłużenie się określonymi, zrozumiałymi dla nich wyrażeniami danego języka (tutaj zwrot: „co najmniej

sporządzenie kalkulacji sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma” powinno oznaczać to, co zostało w tym języku wypowiedziane. Powyższy kierunku interpretacji oświadczenia woli Odwołujący przeprowadził i wywnioskował, że aby uczynić zadość wyjaśnieniu elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, będzie wystarczające złożenie wyjaśnień zawierających powyżej wskazane kalkulacje, a wszelkie inne wyjaśnienia czy też przedstawione dowody mają charakter fakultatywny.

W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający miał ewentualnie wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień, pomimo ich złożenia w sposób rzetelny i zgodny z żądaniem Zamawiającego, to miał możliwość skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia poszczególnych elementów przedstawionej kalkulacji. Zamawiający poprzez zaniechanie powyższego działania i odrzucenie oferty, pomimo działania Odwołującego zgodnie z wymaganiami, postąpił niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i wyciągnął negatywne konsekwencje wobec Odwołującego za sposób działania, którego sam wymagał. Odwołujący zaznaczył, że w przypadku, kiedy Zamawiający w sposób skonkretyzowany i precyzyjny formułuje wezwanie do złożenia wyjaśnień, to wykonawca jest w tym zakresie zobligowany do uczynienia zadość określonej dyspozycji, tym samym nieuprawnione będzie sankcjonowanie działania zgodnego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że czynności Zamawiającego związane z przeprowadzeniem postępowania powinny być dokonywane w sposób bezstronny i obiektywny. Działanie Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania miało znamiona działania arbitralnego, oderwanego od wcześniej składanych oświadczeń woli, tym samym doprowadziło do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, jaką jest zasada uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty, względnie nakazanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: Zadanie IV.1 Budowa kolektora Lindego Bis (pkt 3.1 SIWZ). Opis przedmiotu zamówienia – Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowi część III SIWZ.

W punkcie 12 SIWZ Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny:

12.1. Podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) będzie wynagrodzeniem ryczałtowym.

12.2. Cena oferty (wynagrodzenie) musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy.

12.3. Cena oferty winna być podana w PLN i winna obejmować cały zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zgodnie z punktem 14.3 SIWZ wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zobowiązany będzie przed podpisaniem umowy złożyć Wykaz Cen zgodnie ze wzorem podanym w Załączniku do Kontraktu.

Zgodnie z protokołem postępowania, wartość aktualnie udzielanej części zamówienia (którego dotyczy obecne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego), to 129.402.737,50 zł, co stanowi równowartość 30 310 059,61 euro. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 159.165.367,13 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o.: 158 339 130,00 zł
- 2) Budimex S.A.: 157 986 735,00 zł,
- 3) Polaqua Sp. z o.o.: 166 057 677,45 zł,
- 4) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe MELIOREX Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Usługowe „SYLWEX” S. P.: 133 284 181,29 zł.

Pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w tym 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.

Zamawiający wskazał:

Wartość niniejszego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę: 129.402.737,50 zł (bez podatku VAT) / 159.165.367,13 zł (z podatkiem VAT).

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Państwa cena musi dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, wyjaśnieniach treści SIWZ jeśli miały miejsce, w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i Kontrakcie.

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma. W wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty.

(...) Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający wskazuje, że koszty pracy to suma wynagrodzeń (brutto) i pozostałych wydatków, w tym także m. in. składek na: ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez pracodawcę w celu pozyskania, utrzymania, przekwalifikowania i doskonalenia kadr, dodatki oraz nagrody i premie. Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie mogą być niższe 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) (...)

Do wezwania Zamawiający załączył wzór kalkulacji, obejmujący tabelę z rozbiem na następujące elementy:

1. Pozycje ogólne

- 1.1. Ubezpieczenia i gwarancje
 - 1.2. Zaplecze Wykonawcy
 - 1.2.1 Organizacja zaplecza
 - 1.2.2 Utrzymanie zaplecza
 - 1.2.3 Likwidacja zaplecza
 - 1.3. Badania i testy. Rozruch i Próby. Szkolenia
 - 1.4. Obsługa geotechniczna i hydrogeologiczna
 - 1.5. Obsługa geodezyjna
 - 1.6. Ochrona, utrzymanie i zabezpieczenie obiektów na Terenie Budowy w okresie związania Kontraktem
 - 1.7. Dostarczenie, zainstalowanie tablic informacyjnych o Projekcie, utrzymanie w okresie realizacji Zadania a następnie demontaż tablicy informacyjnej i wykonanie tablicy pamiątkowej. Dostarczenie, zainstalowanie, utrzymanie i demontaż tablic informacyjnych oraz urządzeń zabezpieczających Plac Budowy
 - 1.8. Zapewnienie ciągłości pracy istniejącej sieci kanalizacyjnej oraz obiektów istniejących współpracujących na sieci podczas budowy
 - 1.9. Serwis, przeglądy gwarancyjne
 - 1.10. Koszty związane z pozyskaniem prawa do terenu
 - 1.11. Koszty w Okresie Zgłaszania Wad i okresie gwarancji i rękojmi
 - 1.12. Monitoring infrastruktury podziemnej i naziemnej
 - 1.13. Prowadzenie kampanii informacyjnej
 - 1.14. Wszystkie inne, nie opisane ale niezbędne do zakończenia Robót wg specyfikacji Wykonawcy
2. Dokumenty wykonawcy
 - 2.1. Mapy do celów projektowych
 - 2.2. Projekt Wstępny, uzgodnienia, opinie wymagane do prac nad Projektem Budowlanym oraz inne dokumenty i opracowania niezbędne do jego wykonania.
 - 2.3. Badania geologiczne
 - 2.4. Projekt Budowlany, Plan zapewnienia jakości, Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, Program utrzymania ciągłości pracy i wszelkie inne opracowania, pozwolenia i opinie wymagane Kontraktem, Pozwolenie na Budowę
 - 2.5. Projekty Wykonawcze wraz z innymi dokumentami i opracowaniami niezbędnymi do jego wykonania
 - 2.6. Projekt tymczasowej organizacji ruchu
 - 2.7. Projekt odtworzenia nawierzchni
 - 2.8. Program Prób Końcowych i Rozruchu
 - 2.9. Oprogramowanie narzędziowe i funkcjonalne sterowników systemu AKPiA

- 2.10. Dokumentacja Powykonawcza wraz z inwentaryzacją geodezyjną wykonanych obiektów
- 2.11. Instrukcje obsługi i konserwacji oraz wszelkie dokumentacje i dokumenty niezbędne do eksploatacji i użytkowania
- 2.1. Dokumentacje techniczno-ruchowe (DTR) urządzeń oraz karty gwarancyjne w języku polskim
- 2.13. Pozwolenie na użytkowanie (wraz ze wszystkimi uzgodnieniami i dokumentami umożliwiającymi uzyskanie pozwolenia) oraz inne uzgodnienia i decyzje niezbędne do użytkowania Robót
- 2.14. Wszystkie inne, nie opisane ale niezbędne do zakończenia Robót zgodnie z PFU oraz projektami Wykonawcy
3. Roboty budowlane, instalacyjne, elektryczne, AKPIA, ukształtowanie terenu i zieleń
 - 3.1. Budowa rurociągu w ul. Conrada
 - 3.1.1. Dostawa materiału głównego rurowego
 - 3.1.2. Budowa przewodu – przewierty i instalacja rur
 - 3.1.3. Materiały i wyposażenie dla realizacji komór tymczasowych i docelowych (poza KP3) oraz studni rewizyjnych – dostawa
 - 3.1.4. Realizacja komór tymczasowych i docelowych (poza KP3) oraz studni rewizyjnych
 - 3.1.5. Budowa komory połączeniowej KP3
 - 3.1.5.1. Materiały i wyposażenie dla realizacji komory KP3
 - 3.1.5.2. Realizacja komory KP3 (wykonanie komory żelbetowej)
 - 3.1.6. Maszyna do mikrotunelingu (w tym m.in. koszty najmu/ dzierżawy/ leasingu maszyn, serwisu i bieżącego utrzymania)
 - 3.1.7. Inne niezbędne roboty
 - 3.2. Budowa rurociągu w ul. Wólczyńskiej
 - 3.2.1. Dostawa materiału głównego rurowego
 - 3.2.2. Budowa przewodu – przewierty i instalacja rur
 - 3.2.3. Materiały i wyposażenie dla realizacji komór tymczasowych i docelowych (poza KP2) oraz studni rewizyjnych – dostawa
 - 3.2.4. Realizacja komór tymczasowych i docelowych (poza KP2) oraz studni rewizyjnych
 - 3.2.5. Budowa komory KP2
 - 3.2.5.1. Materiały i wyposażenie dla realizacji komory KP2
 - 3.2.5.2. Realizacja komory KP2 (wykonanie komory żelbetowej)
 - 3.2.6. Maszyna do mikrotunelingu (w tym m.in. koszty najmu/ dzierżawy/ leasingu maszyn, serwisu i bieżącego utrzymania)

- 3.2.7. Inne niezbędne roboty
- 3.3. Budowa rurociągów w ul. Nocznickiego
 - 3.3.1. Dostawa materiału głównego rurowego
 - 3.3.1.1. Materiał dla głównego rurociągu
 - 3.3.1.2. Materiał dla rurociągu przejścia pod metrem
 - 3.3.1.3. Materiał dla rurociągu osłonowego
 - 3.3.2. Budowa przewodu – przewierty i instalacja rur (bez odcinka pod metrem)
 - 3.3.3. Materiały i wyposażenie dla realizacji komór tymczasowych i docelowych (poza KP1 i odcinkiem pod metrem) oraz studni rewizyjnych – dostawa
 - 3.3.4. Realizacja komór tymczasowych i docelowych (poza KP1 i odcinkiem pod metrem) oraz studni rewizyjnych
 - 3.3.5. Odcinek kolektora pod metrem
 - 3.3.5.1. Budowa przewodu – przewierty i instalacja rur - odcinek pod metrem (bez ceny materiału rur)
 - 3.3.5.2. Budowa przewodu – instalacja rurociągu osłonowego (bez ceny materiału rur)
 - 3.3.5.3. Materiały i wyposażenie dla wykonania komór przed i za stacją metra – dostawa
 - 3.3.5.4. Wykonanie komór rozdziału przed i za stacją metra
 - 3.3.5.5. Inne niezbędne roboty do wybudowania kolektora na odcinku pod metrem
 - 3.3.6. Budowa komory połączeniowej KP1
 - 3.3.6.1. Materiały i wyposażenie dla realizacji komory KP1 – dostawa
 - 3.3.6.2. Budowa komory KP1 (wykonanie komory żelbetowej)
 - 3.3.7. Maszyna do mikrotunelingu (w tym m.in. koszty najmu/ dzierżawy/ leasingu maszyn, serwisu i bieżącego utrzymania)
 - 3.3.8. Inne niezbędne roboty
- 3.4. Przebudowa sieci i instalacji kolidujących z kolektorem i jego budową.
 - 3.4.1. Sieci kanalizacyjne
 - 3.4.2. Sieci i magistrale wodociągowe
 - 3.4.3. Sieci gazowe
 - 3.4.4. Sieci ciepłownicze
 - 3.4.5. Sieci trakcyjne
 - 3.4.6. Sieci elektryczne
 - 3.4.7. Sieci teletechniczne
 - 3.4.8. Inne

- 3.4.9. Rozwiązania tymczasowe i zabezpieczeń kolizji na czas realizacji prac wynikających z technologii prowadzenia robót (w tym m.in. kolizji z torowiskiem tramwajowym)
- 3.5. Instalacje elektryczne i AKPiA: światłowód, instalacje sterowania, monitoringu, pomiaru, przekaz danych do systemu SCADA, instalacje elektryczne dla urządzeń, armatury i wyposażenia komór.
- 3.6. Zajęcia terenu (należy podać przyjęte do wyceny powierzchnie oraz stawki)
- 3.7. Wycinka drzew wraz z oczyszczeniem terenu
- 3.8. Nasadzenia, trawniki i pozostała zieleń wraz z utrzymaniem i pielęgnacją
- 3.9. Wdrożenie i utrzymanie organizacji ruchu
- 3.10. Odtworzenia nawierzchni, drogi tymczasowe, docelowe zagospodarowanie terenu
- 3.11. Wszystkie inne prace nie opisane ale niezbędne do zakończenia Robót zgodnie z PFU oraz projektami Wykonawcy
- 3.12. Zysk
- 3.13 Rezerwa

W odniesieniu do każdej z powyższych pozycji Zamawiający oczekiwał podania następujących danych:

- wartość netto w PLN
- okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami,
- pozycja Wykazu Cen
- Wykaz załączników (dowodów)

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący jako wyjaśnienia tabelę z rozbiem kosztów, według wzoru przekazanego przez Zamawiającego. Do kalkulacji Odwołujący załączył:

- ofertę na rury betonowe i żelbetowe,
- ofertę na wykonanie robót geotechnicznych,
- ofertę na projekt czasowej organizacji ruchu,
- ofertę na wykonanie dokumentacji projektowej,
- ofertę na żelbetowe rury przeciskowe,
- ofertę na rury stalowe i łuki stalowe,
- ofertę na studnie PV i studnie zapuszczane,
- ofertę na dostawę armatury,
- ofertę na zastawki naścienne i elementy systemu zamknięć szandorowych,
- kalkulację dotyczącą zajęcia pasa drogowego.

Wyjaśnienia i załączone do nich dowody Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 19 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podał:

(...) Zamawiający w wezwaniu podkreślił, iż w wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty, które powinny dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, wyjaśnieniach treści SIWZ jeśli miały miejsce, w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i Kontrakcie.

Zamawiający wymagał aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione w załączonej do wezwania tabeli stanowiącej wzór kalkulacji zgodnie z załącznikiem nr 1 do pisma, tj. wartość netto wskazanego elementu prac, okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami, wskazanie pozycji Wykazu Cen, w której mieści się wyceniony element prac oraz wykaz załączników (dowodów), a to oznacza że był to minimalny katalog elementów do wykazania, że oferta jest skalkulowana w sposób prawidłowy.

Wykonawca zobowiązany był do złożenia wyjaśnień oraz dowodów, które w sposób konkretny i kompleksowy wykażą, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki. Tym samym pismo zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób precyzyjny określało zakres wymagający wyjaśnienia, wskazując jakie elementy wyjaśnień mają podlegać przejrzystym wyjaśnieniom (w tym przedstawienia dokładnych wyliczeń dotyczących określonych elementów cenowych).

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca w dniu 01.02.2021 r. nie odniósł się do większości żądanych informacji, ograniczając się jedynie do złożenia: pisma przewodniego nie stanowiącego wyjaśnień, kalkulacji kosztów sporządzonej w oparciu o przekazany przez Zamawiającego wzór, przykładowe oferty dostawców oraz potencjalnych podwykonawców, skan fragmentów umów z zachowaniem poufności, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (na marginesie o treści, w której są powołane dane innego postępowania, niż niniejsze postępowanie), Zarządzenie Meliorex sp. z o.o. oraz kalkulację zajęcia pasa drogowego. Dokumenty te dotyczą jedynie niektórych elementów zamówienia i większość składników kosztowych nie jest nimi objęta. Z kolei tabela z wyliczeniami nie stanowi dowodu, że wyliczenia te są realne i możliwe do dotrzymania. Zamawiający żądając wyjaśnienia ceny rażąco niskiej nie żąda jej rozbicia na części składowe, lecz udowodnienia realności ceny.

Po analizie przedstawionego przez Wykonawcę materiału, Zamawiający stwierdził, że w wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień, gdyż przedstawione przez Niego wyjaśnienia sporządzone są w sposób ogólny/lakoniczny, a załączone dowody są nieprecyzyjne / niewystarczające do potwierdzenia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach wskazanych w SIWZ. (...)

Zamawiający odnosi się także do zawartości merytorycznej przekazanego przez Wykonawcę materiału, który potwierdza, że kalkulacja ceny oferty nie została sporządzona w sposób adekwatny do warunków rynkowych i bez wzięcia pod uwagę wszystkich wymagań zamawiającego, a wykonawca nie potrafił wykazać, że wymagane SIWZ świadczenia za zaproponowaną cenę da się wykonać.

W zakresie wypełnienia Załącznika nr 1 do wyjaśnień Wykonawca nie uczynił zadość wezwaniu w zakresie wskazania okoliczności mających wpływ na zaoferowanie ceny, gdyż w przekazanej kalkulacji, w odniesieniu do poszczególnych pozycji w 66% przypadków Wykonawca nie wskazał lub wskazał gołostownie „doświadczenie Wykonawcy” jako okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów oraz nie dokonując jakichkolwiek szerszych wyjaśnień czy też nie przedstawiając bardziej szczegółowych informacji, np. poprzez wskazanie przyjętych wyliczeń, założeń.

W ocenie zamawiającego doświadczenie wykonawcy na które wskazuje w wyjaśnieniach wykonawca to okoliczność typowa właściwa wszystkim wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dopuszczał do udziału w postępowaniu wykonawców bez doświadczenia. Nie można więc uznać, że okoliczności powodujące obniżenie ceny są szczególne. Tym samym jej obniżenie w stosunku do wskazywanych w ustawie punktów odniesienia nie zostało wytłumaczone w sposób wymagany art. 90 ust 1 ustawy.

W przedstawionej kalkulacji nie wypełniono ponadto wszystkich wymaganych minimalnych danych, a kwota kosztów ogólnych przekracza dopuszczone w SIWZ 5% wartości zamówienia). Przekazane przez Wykonawcę przykładowe oferty cenowe materiałów są niewystarczające do potwierdzenia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach wskazanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz Kontrakcie. Ponadto przedstawione przez Wykonawcę oferty dostawców zawierają ceny materiałów o parametrach niezgodnych z przedmiotem zamówienia. Załącznik nr 1 do wyjaśnień zawiera ofertę na żelbetowe rury precyzyjne DN1200/1000 (na marginesie oferta o treści, w której są przywołane dane innego postępowania, niż niniejsze postępowanie) i wskazane w załączonej tabeli do wbudowania jako materiał główny rurowy, natomiast zgodnie z PFU w ramach robót budowlanych Wykonawca jest zobowiązany do wykonania kolektora

o średnicy nie mniejszej niż DN 2000 oraz o średnicy nie mniejszej niż DN 1600 w rejonie przejścia pod metrem. Oferta podwykonawcy na wykonanie projektu także nie zawiera pełnego zakresu określonego w PFU, tj. Projektu Budowlanego a z treści złożonej oferty wynika, iż zakres ten realizowany ma być przez podwykonawcę.

Ponadto koszt zakupu materiałów i wyposażenia dla realizacji komór tymczasowych i docelowych (poza KP2) oraz studni rewizyjnych dla budowy rurociągu w ul. Wólczyńskiej (załącznik nr 5) przekracza wartość zaoferowaną przez Wykonawcę.

Powyższe stanowi podstawę do uznania wyceny Wykonawcy za nierzetelną.

Ponadto w wyjaśnieniach Wykonawcy brak jest dowodów w postaci opinii brokera wskazanej w kalkulacji jako dowód dla kosztów ubezpieczeń i gwarancji, brak oferty Podwykonawcy na monitoring infrastruktury podziemnej i naziemnej (w kalkulacji powołano się na ofertę Podwykonawcy) oraz oferty firmy Usługi Transportowo-Budowlane P. G. na roboty związane z wykonaniem mikrotunelingu (firma wskazana w Formularzu Ofertowym Wykonawcy jako planowany Podwykonawca), co w opinii Zamawiającego stanowi, iż wyjaśnienia stają się niewiarygodne.

Z uwagi na powyższe, przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody, tym bardziej należy uznać za nie czyniące zadość precyzyjnemu wezwaniu Zamawiającego z dnia 22.01.2021r. Przede wszystkim brak przedstawienia informacji dotyczących kluczowych elementów realizacji zamówienia nie pozwala na przyjęcie, że cena oferty Wykonawcy nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Zamawiający wymagał, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej katalog informacji wskazany w wezwaniu do wyjaśnienia. W wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty. Przedstawione wyjaśnienia i dowody miały na celu udowodnienie Zamawiającemu, że zaoferowana cena dotyczy pełnego zakresu robót, obejmującego wszystkie wymagania wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia i Kontrakcie. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie zwracała uwagę, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny być konkretne, rzetelne, zwarte i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne i uniwersalne uzasadnienie bez przywołania niezbędnych dowodów. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. (...)

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, 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.

Biorąc pod uwagę treść wystosowanego przez Zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień należy stwierdzić, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 1 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. oraz wykonawca Budimex S.A., którzy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 2: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- pkt 4: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Stosownie do art. 90 ustawy Pzp:

- 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

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.

- ust. 2: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
- 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.

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 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. Stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że Zamawiający zasadnie uznał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie potwierdzają realności ceny.

Po pierwsze stwierdzić należy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony dokonuje interpretacji treści wezwania do wyjaśnień i wyprowadza z niej wnioski, że dla wykazania prawidłowości ceny wystarczające było złożenie wypełnionej tabeli prezentującej rozbić kosztów na poszczególne pozycje. Zauważenia wymaga, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów co do wszelkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że wyjaśnienia i dowody będą ocenione w kontekście tego, że cena musi dotyczyć pełnego zakresu wymagań oraz że wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty. Zamawiający wskazał też, jakie elementy składają się na koszty pracy, pouczył również, że ciężar dowodu obciąża wykonawcę. Biorąc pod uwagę całokształt wezwania nieuprawnione jest wywodzenie ze sformułowania, że wyjaśnienia mają obejmować co najmniej sporządzenie kalkulacji, iż jest to element, którego spełnienie jest w każdym wypadku wystarczające i musi prowadzić do uznania wyjaśnień za prawidłowe. Obowiązek złożenia pełnych wyjaśnień, ze wskazaniem wszelkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, wynika zresztą z samej ustawy Pzp, w świetle bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca jest obciążony obowiązkiem przedstawienia takich wyjaśnień i dowodów, które potwierdzą, że cena została skalkulowana prawidłowo. Biorąc zatem pod uwagę przepisy ustawy oraz treść wezwania do wyjaśnień, Odwołujący zobowiązany był złożyć wyjaśnienia wykazujące prawidłowość kalkulacji ceny oraz uwzględniające wszystkie okoliczności mające znaczenie dla ustalenia jej wysokości, a okoliczności te poprzeć dowodami.

W ocenie Izby wyjaśnienia, które złożył Odwołujący, nie odpowiadają tym wymaganiom. Wyjaśnienia ograniczają się do przedstawienia tabeli, w której w poszczególnych pozycjach wpisano wartości liczbowe, a kolumny dotyczące okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę oraz wykazu dowodów zostały wypełnione jedynie fragmentarycznie i tylko w odniesieniu do tej części przedstawiono dowody mające potwierdzać prawidłowość kalkulacji.

Zauważenia wymaga, że w licznych pozycjach tabeli, w kolumnie dotyczącej okoliczności na mających wpływ na cenę, wpisano *doświadczenie wykonawcy*. Takie

wypełnienie tabeli nie daje żadnej wiedzy na temat sposobu kalkulacji tych pozycji. Doświadczenie samo w sobie nie stanowi okoliczności wyróżniającej Odwołującego spośród innych wykonawców, a przynajmniej nie wykazano, aby było to doświadczenie na jakimś szczególnym poziomie, dające Odwołującemu przewagę nad innymi wykonawcami i pozwalające obniżyć cenę oferty. Jeżeli Odwołujący dysponuje takim doświadczeniem, które doprowadziło do wypracowania szczególnie korzystnych relacji handlowych czy redukującej koszty metodyki wykonywania zamówienia, to wykonawca powinien to szczegółowo wyjaśnić, wykazując, jak to doświadczenie przełożyło się na kalkulację ceny oraz jakiego rzędu oszczędności spowodowało i czego te oszczędności dotyczą. Skoro Odwołujący tego nie zrobił, to wyjaśnienia polegające na hasłowym odwołaniu się do doświadczenia wykonawcy należy uznać za ogólnikowe i gołosłowne.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w tych okolicznościach powinien wezwać go do dalszych wyjaśnień. Izba wskazuje, że niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Chociaż ustawa nie formułuje wprost takiego zakazu, to jednak wynika on z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającemu prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców, poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwałe prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które mogą być uznane za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na

nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący nienależytego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności, w takim stopniu szczegółowości, który daje wiedzę, jakie okoliczności legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W ocenie Izby uzasadnienie to nie może być uznane za lakoniczne czy ogólnikowe. Zamawiający wskazał wszystkie swoje zastrzeżenia co do złożonych wyjaśnień, skonfrontował je z treścią wezwania i poddał analizie. Z uzasadnienia wynika, że jedynie część składników ceny została wyjaśniona i poparta przykładowymi ofertami, przy czym niektóre z nich nie potwierdzają wyceny dokonanej przez wykonawcę (koszt zakupu materiałów i wyposażenia dla realizacji komór tymczasowych i docelowych oraz studni rewizyjnych dla budowy rurociągu w ul. Wólczyńskiej). Zamawiający ocenił też kwestię powoływania się na doświadczenie wykonawcy. Wskazał również, jakie okoliczności nie zostały poparte dowodami, wbrew informacjom wpisanym w tabeli (takie jak brak opinii brokera czy brak oferty podwykonawcy na monitoring infrastruktury podziemnej i naziemnej).

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego w załączniku do odwołania oraz na rozprawie Izba wskazuje, że ich złożenie jest spóźnione i nie mogą one być wzięte pod uwagę jako potwierdzające realność ceny. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Izba nie dokonuje zatem niezależnej od Zamawiającego analizy ceny oferty. Skoro ocenie Izby podlega czynność Zamawiającego, to ocena ta może być dokonana w kontekście dokumentów, którymi Zamawiający dysponował podejmując decyzję o odrzuceniu oferty. Wszelkie dowody mające potwierdzać realność ceny powinny zostać przedstawione Zamawiającemu w terminie wyznaczonym na złożenie wyjaśnień. W postępowaniu odwoławczym natomiast dowodzeniu podlega wyłącznie prawidłowość tych wyjaśnień, nie zaś realność ceny i sposób jej kalkulacji.

W odniesieniu do złożonych przez Przystępującego Budimex S.A. dowodów w postaci ofert dostawców rur precyzyjnych, stwierdzić należy, że stanowią one dowód jedynie tego, że Przystępujący taką ofertę pozyskał, co nie jest wystarczające do stwierdzenia, że uzyskanie innego poziomu cenowego nie jest możliwe. Niezależnie jednak od tego wyjaśnienia złożone przez Odwołującego należało uznać za niekompletne i niepotwierdzające realności ceny.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, Izba stwierdziła, że mimo niewskazania w petitum odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w treści odwołania wykonawca podjął polemikę ze stwierdzeniem Zamawiającego o zaoferowaniu rur precyzyjnych niezgodnych z SIWZ. W tej sytuacji brak wskazania podstawy prawnej zarzutu nie może prowadzić do wniosku, że ten aspekt odrzucenia oferty nie był kwestionowany. Odwołujący podniósł, że omyłkowo załączył do wyjaśnień ofertę na rury, które nie spełniają wymagań SIWZ. Odnosząc się do tego należy stwierdzić, że nawet jeśli przedstawienie oferty na dostawę rur o średnicy niezgodnej z wymaganiami SIWZ było omyłkowe, to omyłka taka obciąża Odwołującego. W świetle przedstawionej wraz z wyjaśnieniami oferty dotyczącej tych rur Zamawiający był uprawniony do wniosku, że wykonawca oferuje rozwiązanie niespełniające jego wymagań.

W odniesieniu do stwierdzenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że przedstawiona w kalkulacji kwota kosztów ogólnych przekracza dopuszczone w SIWZ 5% wartości zamówienia, stwierdzić należy, że to ustalenie Zamawiającego nie zostało objęte zarzutami odwołania, wobec powyższego nie mogło stanowić przedmiotu oceny Izby.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne, a uzasadnienie tej czynności zgodne z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji nie doszło do naruszenia określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się natomiast do zarzucanego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należy stwierdzić, że jest to zarzut niezasadny już tylko z tego powodu, że w rozpoznawanej sprawie nie doszło do zawarcia umowy (a przynajmniej okoliczność taka nie została wykazana). Skoro wskazany przepis stanowi o obowiązku udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, to w sytuacji, gdy do udzielenia zamówienia nie doszło, nie mogło również dojść do naruszenia tego przepisu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....