

Sygn. akt: KIO 2445/20

WYROK

z dnia 3 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę **J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź., Al. Poznańska 70, 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła**

przy udziale wykonawcy **Thermbau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Młodych 78A, 64-920 Piła** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Piła unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź. i ponowne dokonanie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź., Al. Poznańska 70, 64-920 Piła tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Gminy Piła, Pl. Staszica 10, 64-920 Piła na rzecz wykonawcy J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź., Al. Poznańska 70, 64-920 Piła kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy**

sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Piła (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rewitalizacja zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej nr 1 im. Stanisława Staszica w Pile – odnowienie elewacji budynku oraz budowa platformy dźwigowej dla niepełnosprawnych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 sierpnia 2020 r. pod pozycją 578185-N-2020.

W dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Galeria Czystości J. Ź. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z:

- dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień (w tym dowodów), dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez Odwołującego, poprzez nieuzasadnione i dowolne przyjęcie, że argumenty wskazane w piśmie z dnia 15 września 2020 r. poparte stosownymi dowodami złożone przez Odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy prawidłowa analiza treści powołanego pisma w powiązaniu z przedłożonymi dokumentami w sposób oczywisty wskazuje, że Odwołujący posiada realną możliwość realizacji zadania za kwotę przedstawioną w ofercie przy uwzględnieniu odpowiedniego poziomu zysku,
- błędnym uznaniem, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez pominięcie i niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego wskazanych w tych przepisach czynników, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że czynność ta nie została poprzedzona prawidłową i należyście przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny;
6. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - (a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - (b) unieważnienie czynności obejmującej odrzucenie oferty Odwołującego,
 - (c) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących ceny, w tym dowodów w trybie art. 90 ustawy Pzp,
 - (d) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyraził przekonanie, że w swoich wyjaśnieniach sprostował obowiązkowi

wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Jak zauważył Odwołujący, do wyjaśnień załączono dowody - oświadczenie dostawcy materiałów o posiadanych wysokich upustach na materiały renowacyjne, jak też ofertę cenową na dostawę i montaż platformy śrubowej (windy dla osób niepełnosprawnych zgodnej z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ i dokumentacji technicznej).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający miał możliwość uznania wyjaśnień Odwołującego i z łatwością mógł je zweryfikować, zarówno w oparciu o szczegółowy kosztorys stanowiący załącznik do oferty, ale również w oparciu o ww. dowody. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że wyjaśnienia zawierały część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która to redukcja w żaden sposób nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach wskazał opisowo kilkanaście elementów, które są głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Takie czynniki to: upusty cenowe w hurtowniach na specjalistyczne materiały budowlane przeznaczone do renowacji elewacji marki Remmers, Quik Mix, Optolith, a przy tym oszczędności osiągnięte przy zakupie materiałów renowacyjnych, takich jak spoiny terasowe, kity do napraw cegieł, farby do scaleń kolorystycznych czy środki do hydrofobizacji, posiadanie własnej bazy sprzętowej, lokalizacja miejsca prowadzenia działalności gospodarczej w miejscowości Piła (oddalonego o niecałe 5 km od miejsca wykonania prac), co bez wątplenia redukuje koszty związane z zakwaterowaniem pracowników, dietami związanymi z pracą w delegacji, dojazdami, transportem materiałów, sprzętu czy osób. Odwołujący zauważył, że takim czynnikiem jest również to, że Odwołujący od wielu lat realizuje prace renowacyjne na obiektach budowlanych, stosując nowoczesne techniki usuwania zabrudzeń. Odwołujący wskazał, że przedstawił na poparcie powyższych twierdzeń dowody w postaci fotografii wykonanych należycie zamówień, w tym dla Gminy Wyrzysk, w której poddano renowacji budynek Urzędu Gminy, przy czym zakres prac był identyczny, jak w przypadku przedmiotowego budynku Szkoły Podstawowej nr 1 im. Stanisława Staszica w Pile. Odwołujący oświadczył, że posiada własną pełną bazę sprzętową niezbędną do realizacji zadania będącego przedmiotem postępowania (specjalistyczne myjki, agregaty, rusztowania, czy podnośniki). Co więcej, Odwołujący od wielu lat świadczy usługi specjalistycznego czyszczenia, w tym hydropiaskowania na terenie całej Polski.

Odwołujący podniósł, że nie istnieje jeden wzorzec czy schemat konstruowania wyjaśnień, bowiem każdy z wykonawców przygotowując ofertę może przy wycenie zwrócić uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy wykonawca posiada bowiem własne zasady

polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2447/19. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący pokazał w wyjaśnieniach w jaki sposób organizacja jego przedsiębiorstwa (co istotne, zlokalizowanego w miejscowości Piła), doświadczenie w realizacji podobnych robót, jak również długoletnia współpraca z producentami środków przeznaczonych do realizacji tego typu inwestycji, pozwala obniżyć koszty wykonania zamówienia. Powyższe potwierdziły również złożony wraz z ofertą kosztorys ofertowy dotyczący odnowienia elewacji budynku i budowy platformy dźwigowej dla niepełnosprawnych oraz wskazane w treści wyjaśnień obliczenia stawki brutto w przeliczeniu na 1m². Dokonując tych obliczeń Odwołujący bazował na kilkunastoletnim doświadczeniu w realizacji tego typu inwestycji. Odwołujący stoi na stanowisku, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie mogły prowadzić do wniosku, że oferta cenowa Odwołującego została przedstawiona w sposób nierzetelny, złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji, nie mogło dojść do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wezwaniu z dnia 11 września 2020 r. Zamawiający zadał jedynie ogólne pytanie co do ceny oferty jako takiej, nie formułował pytań o szczegółowe składniki wyceny. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 289/17, zgodnie z którym „niezależnie od tak rozumianego źródła wątpliwości zamawiającego spoczywa na nim obowiązek precyzyjnego wskazania okoliczności, które wykonawca winien wyjaśnić. Skład orzekający nie podziela bowiem zapatrywania, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty. Innymi słowy, wezwany wykonawca, ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i - ewentualnie - dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Jeżeli zaś wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień”.

Odwołujący, mając powyższe na uwadze podniósł, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził procedurę wyjaśniającą. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ograniczył się do przedstawienia wyliczeń, które zobligowały go do wystosowania wezwania, przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pouczenia o skutkach wynikających z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz wskazania formy i terminu udzielenia odpowiedzi. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na okoliczność, że złożony przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorys ofertowy, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 i 7A do SIWZ, składał się z kilkudziesięciu pozycji, wobec czego - przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania - Odwołujący pozbawiony został *de facto* możliwości szczegółowego wyjaśnienia prawidłowości kalkulacji ceny oferty, którego Zamawiający oczekiwał.

Odwołujący zauważył, że w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający ograniczył się do ogólnikowego stwierdzenia, że odrzuca ofertę, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał, co miałyby świadczyć o braku możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, nie podał, co jawi się jako niewiarygodne, czy niedostosowane do zamówienia, bądź, jakie stawki są, w jego ocenie, nierealistyczne i dlaczego końcowa cena oferty zostaje uznana za rażąco niską. Zamawiający nie pytał, ani nie dopytywał o kwestie, które miałyby świadczyć przeciwko ofercie Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie podał, na czym opiera swoją negatywną ocenę.

Za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący wskazał, że cena rażąco niska, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia. O zjawisku rażąco niskiej ceny można mówić wtedy, gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Jak zauważył Odwołujący, ubieganie się o udzielenie zamówienia stanowi w każdym przypadku element konkurencji, nie w każdym przypadku jednakże złożenie oferty z niższą ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przesłanką zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest udowodnienie zaniżenia cen w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Tym samym, zdaniem Odwołującego, dla zaistnienia możliwości zastosowania ww. przepisu Zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę danego zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie

umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie może zastosować automatyzmu odrzucenia oferty z ceną rażąco niską - przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma charakter eliminacyjny i musi być wykładany w sposób ścisły, jak wszystkie przesłanki odrzucenia ofert, które nie mogą być wykładane sprzecznie z celem ustawy, którym jest wyłonienie konkurencyjnie wybranego wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, niezależnie od nieprawidłowości wezwania, Odwołujący przekazał pełne, szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odniósł się do wszystkich czynników wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego oraz złożył stosowne dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący podkreślił, że okolicznością, która nie pozostaje bez znaczenia jest korzystanie z przyznanych Odwołującemu rabatów. Owe rabaty zostały wypracowane przez Odwołującego w toku budowania jego pozycji na rynku i stanowią dowód na ścisłą współpracę pomiędzy kontrahentami. Zdaniem Odwołującego, Odwołujący potwierdził, że skalkulowana przez niego cena jest rzetelna i gwarantuje wykonanie zamówienia w należyty sposób, bez obniżenia jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wymagany okres oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i w umowie, a przy tym zapewnia Odwołującemu godziwy zysk.

Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której Zamawiający miał wątpliwości co do treści wyjaśnień, mógł ponownie zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień. Jak zauważył Odwołujący, co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania - przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii dotyczącej tego, ile razy Zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 i 1a ustawy Pzp. Odwołujący powołał wyrok Izby z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt KIO 728/19.

Odwołujący stwierdził, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert.

Odwołujący zauważył, że w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazano, że Zamawiający w ogłoszeniu o wyniku postępowania przetargowego powinien podać informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach odrzucenia oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że prawidłowe podanie powodów odrzucenia oferty wykonawcy wymaga uzasadnienia faktycznego i prawnego. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Odwołujący podkreślił, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. To oznacza, jak podał Odwołujący, że Zamawiający powinien dokładnie opisać stan faktyczny, bowiem podstawy faktyczne czynności odrzucenia oferty powinny być znane wykonawcom z zawiadomienia przesłanego przez Zamawiającego na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu przekazane przez Zamawiającego uzasadnienie nie obrazowało w sposób wyczerpujący, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego tak, aby wykonawca mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień w pełni ustosunkować. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie dochował należytej staranności i nie podołał ciężącym na nim obowiązkom, czym naruszył również zasady naczelne wskazane w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, dla oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego istotne jest, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty zostało oparte na dwóch elementach: streszczeniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i stwierdzeniu, że wyjaśnienia powyższe budziły wiele wątpliwości i nie udowodniły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie przedstawił merytorycznej, zindywidualizowanej oceny oferty Odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny, nie sprecyzował powodów, dla których uznał ofertę Odwołującego za zawierającą rażąco niską cenę i dlatego uznał, że Odwołujący nie może wykonać za tą cenę przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że okoliczność ta utrudnia Odwołującemu podnoszenie zarzutów w celu obrony swojej oferty.

W dniu 2 października 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Thermbau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

W dniu 13 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 2 519 364,95 zł, co stanowi równowartość 590 111,95 euro (pkt 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 3 098 818,89 zł (pkt 11 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

W terminie na składanie ofert oferty złożyło pięciu wykonawców:

- FRAM-BUD Sp. z o.o. z ceną 3 392 708,88 zł brutto,
- ORLIKON Sp. z o.o. z ceną 2 983 948,81 zł brutto,
- Galeria Czystości z ceną 1 660 509,81 zł brutto,
- RETRO-STYL Sp. z o.o. z ceną 3 177 000,00 zł brutto,
- Thermbau Polska Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 2 832 689,20 zł (pkt 12 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

Izba stoi na stanowisku, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie jest, oprócz zaoferowania przedmiotu zamówienia w pełni zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego, zaoferowanie rzetelnie skalkulowanej ceny, a w sytuacji, w której powstały w tym zakresie wątpliwości po stronie zamawiającego, wykazanie, że cena lub koszt są realne i nie zawierają znamion rażąco niskiej/niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, wyjaśnienia z dnia 15 września 2020 r. złożone w przedmiotowej sprawie przez Odwołującego nie uzasadniają obniżenia ceny do tak niskiego poziomu w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT, jak też do średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności, wymienione przez Odwołującego czynniki, takie jak posiadane doświadczenie, doświadczeni pracownicy, wysokość upusów, czy posiadanie siedziby w Pile, nie mają takiego charakteru, aby samo ich wystąpienie uznać za cechy przynależne wyłącznie temu wykonawcy, wyróżniające go od konkurentów.

Izba stwierdziła jednak, że odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę stanowiłoby w obecnym stanie faktycznym naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Izba miała bowiem na uwadze, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11 września 2020 r. wystosowane do Odwołującego miało charakter ogólny – poza wskazaniem na poziom różnic w poszczególnych wartościach i przytoczeniem przepisów ustawy Pzp, Zamawiający nie wskazał, który element wyceny budzi jego wątpliwości. Istotna w przedmiotowej sprawie jest okoliczność, że Odwołujący załączył do oferty szczegółową kalkulację elementów zamówienia. Na tej podstawie Zamawiający miał możliwość wskazania wykonawcy zakresu wyceny, jaki budzi jego wątpliwości, i na jakim powinien się skupić wykonawca w wyjaśnieniach. Tymczasem Zamawiający wątpliwości, jakie powziął po zapoznaniu się z kosztorysem złożonym przez Odwołującego, przedstawił dopiero w odpowiedzi na odwołanie. To w odpowiedzi złożonej w postępowaniu odwoławczym Zamawiający dokonał analizy kosztów materiałów budowlanych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, analizy kosztów sprzętu budowlanego, jak też szczegółowo odniósł się do złożonych wraz z ofertą kosztorysów wskazując na poszczególne uchybienia wykonawcy. W dokumencie tym Zamawiający ustosunkował się także do argumentów podniesionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 15 września 2020 r.

Izba miała na względzie okoliczność, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwania wykonawcy

do udzielenia wyjaśnień co do realności zaoferowanej ceny oferty. W takiej sytuacji, wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Trzeba przypomnieć, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych, stąd też w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu (wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO 572/14).

Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Izba podziela wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi przede wszystkim w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wezwanie miało charakter ogólny, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, jednak z wyjaśnień tych jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską bądź niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób doprecyzowane przez wykonawcę i mogą budzić wątpliwości zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17, wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2717/17).

Izba nie miała wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie zaistniała podstawa do powtórnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na zbyt ogólny charakter wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 11 września 2020 r. Podkreślić należy, że Zamawiający, z uwagi na złożone wraz z ofertą kosztorysy, posiadał wiedzę o kalkulacji ceny dokonanej przez Odwołującego, a zatem posiadał podstawy do zadania wykonawcy konkretnych pytań, zwrócenia uwagi na wątpliwości, jakie budzi u Zamawiającego złożona kalkulacja. W tym stanie rzeczy, wobec tego, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji ogólnego wezwania do wyjaśnień, Izba stwierdziła, że Zamawiający winien ponownie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

wskazując, które elementy budzą wątpliwości Zamawiającego. Co za tym idzie, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp traktujących o ocenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i podstawie do odrzucenia oferty z uwagi na uznanie, że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny.

Za zasadny Izba uznała także zarzut przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości. Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadniając ww. czynność Zamawiający, podobnie jak w wezwaniu z dnia 11 września 2020 r., wskazał na różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a szacunkową wartością zamówienia powiększoną o VAT, oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia uznał za niewiarygodne i nieudokumentowane. Jak podał Zamawiający, przedłożone wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny na wykonanie robót budowlano-montażowych związanych z rewitalizacją Szkoły nie odpowiadają na wątpliwości odnośnie skalkulowanej ceny. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na to, że za zaoferowaną cenę jest w stanie poprawnie wykonać wszystkie roboty.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn decyzji zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego tak, aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień, możliwość obrony złożonej oferty.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający podał przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego *de facto* w odpowiedzi na odwołanie. Przyczyn tych nie można doszukać się w informacji z dnia 23 września 2020 r. Działanie takie stanowi

naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, naruszony został także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 13 600 zł.

Przewodniczący :