

WYROK
z dnia 28 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Ośrodek Kultury w Miasteczku Śląskim

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Miejskiemu Ośrodkowi Kultury w Miasteczku Śląskim unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Cywilna, TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Jawna, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe SANIT-GAZ M. G., nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Kultury w Miasteczku Śląskim i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Miejskiego Ośrodka Kultury w Miasteczku Śląskim na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

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

Zamawiający: Miejski Ośrodek Kultury w Miasteczku Śląskim wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. : "Termomodernizacja budynku Miejskiego Ośrodka Kultury przy ul. Srebrnej 24 w Miasteczku Śląskim".

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 2020 pod numerem pozycji: 516352-N-2020.

W dniu 29 maja 2020 r Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. z siedzibą w Częstochowie oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDPOL sp. z o. o. z siedzibą Jaskrów powziął wiadomość o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Cywilna, TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Jawna, Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe SANIT-GAZ M. G., zwanych dalej Konsorcjum.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 7 ust.1 i ust. 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,

2) art. 90 ust. 2 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 4) poprzez dokonanie wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia na podstawie art.90 ust. 1 są niewystarczające dla stwierdzenia prawidłowej kalkulacji ceny dającej podstawę do uznania, że oferta Konsorcjum nie jest ofertą z rażąco niską cenę,

3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy poprzez ponownej wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie zachodziły żadne okoliczności uprawniającego do takiego działania

4) art. 186 ust. 2 ustawy w związku z zaniechaniem wykonania czynności wskazanych w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r. pomimo uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z rażąco niską ceną,
- 4) nakazanie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał pierwszej w tym postępowaniu czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że pismem z dnia 10 kwietnia 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie w którym zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z rażąco niską ceną, opierając swoje stanowisko na podstawie złożonych przez Konsorcjum wyjaśnieniach.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 18 kwietnia 2020 r. nie można było uznać, za faktyczne ich złożenie, bowiem pismo nie zawierało żadnych dowodów, żadnych argumentów merytorycznych dających jakąkolwiek podstawę do weryfikacji prawidłowości dokonanej kalkulacji.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2020 r. uwzględnił odwołanie w całości stwierdzając, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu wniesionym w dniu 10 kwietnia 2020 r. Tym samym mając na uwadze brzmienie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum, a dopiero później dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Poniósł, że żądania odwołania nie sprowadzały się do żądania ponownego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, bowiem nie było do tego żadnych podstaw.

Podkreślił przy tym, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, w dacie złożenia wyjaśnień wyznaczonej przez Zamawiającego, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Według Odwołującego - konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, jest obowiązek Wykonawcy wykazania elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia, że cena oferty, ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Z kolei skutkiem uznania ceny rażąco niskiej jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia).

W ocenie Odwołującego - dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania, nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione.

Wywodził, że wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

Odwołujący argumentował, że po zapoznaniu się z dokumentacją, okazało się że zamiast czynności odrzucenia Zamawiający dokonał niedozwolonej w stanie faktycznym tego postępowania czynności ponownego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W przekonaniu Odwołującego - Zamawiający w piśmie z dnia 20 maja 2020 r. „zamarkował”, że wezwanie stanowi doprecyzowanie poprzednich wyjaśnień, podczas gdy faktycznie stanowiło ono próbę ratowania oferty podlegającej odrzuceniu.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdził, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do

naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powoduje przesuniecie na wykonawcę ciężaru dowodu, na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do momentu, gdy wykonawca wykaże, że cena nie jest rażąco niska. Przepis, co prawda nie ogranicza ilości możliwych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jednak zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione - nie może stanowić „ratowania” oferty za wszelką cenę.

Zauważył, że w art. 90 ust. 3 Pzp jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. 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.

Zaznaczył, że Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Wyraził pogląd, że celem art. 90 ust. 3 Pzp jest zmobilizowanie wykonawców do składania wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie. Użyte w art. 90 ust. 3 Pzp sformułowanie „odrzucenie oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. 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. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń

podanych wcześniej, prowadzi to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do wyjaśnień z dnia 18 marca 2020 r., stwierdził, że stanowią one w większości zbiór gołosłownych zapewnień wykonawcy co do prawidłowości ceny, a wskazane w nich w sposób ogólny okoliczności mające wpłynąć na obniżenie cenę w większości nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Dalej, argumentował, że podobnie zresztą jest w wyjaśnieniach z dnia 22 maja 2020 r., gdzie również nie wskazano żadnych konkretów poza załączeniem oświadczeń i uzyskaniu rabatów.

Zarzucił, że brak jest jednak wiarygodnych wyliczeń które mogłyby uwiarygodnić prawidłowość dokonanej kalkulacji, bowiem Konsorcjum skupiło się na próbie przedstawienia takich wartości, aby spróbować wywieść różnice pomiędzy jego ofertą a ofertą drugą w kolejności, co jest nieprawidłowym działaniem, bowiem jego wyjaśnienia powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia a nie oferty konkurencji.

Zwrócił uwagę, że Konsorcjum nie podało żadnych szczegółowych danych, a dowodami, jakie przedstawił, są jedynie oświadczenia o udzielonych rabatach.

Podniósł, że Konsorcjum w sposób bardzo ogólny wskazało źródła zakładanych oszczędności jednak poziom ogólności wyjaśnień nie pozwala w zasadzie na ich jakąkolwiek weryfikację, a - co najważniejsze - nie wiadomo, jakiej wielkości oszczędności założone zostały w odniesieniu do zakupu materiałów, robocizny, sprzętu oraz pozostałych kosztów. Informacje takie nie zostały podane w wyjaśnieniach.

Zaznaczył, że nie przedstawiono żadnych założeń co stanu zatrudnienia niezbędnego do wykonania zadania, co całkowicie uniemożliwia ocenę realności obniżenia kosztów, które wskazuje.

Wskazał, że nie wiadomo, ile etatów Przystępujący uznał za konieczne do wykonania zamówienia, nie sposób więc stwierdzić, czy zakładane „oszczędności” nie zostały zaniżone albo czy stan zatrudnienia nie został zaniżony do poziomu uniemożliwiającego należyte wykonanie zamówienia.

Zwrócił uwagę, że nie przedstawiono tutaj wykazu pracowników wyznaczonych do realizacji zadania, druków zgłoszenia do ubezpieczenia czy też zanonimizowanych umów o pracę.

Zdaniem Odwołującego - brak takich dowodów nie pozwala na zweryfikowanie wyjaśnień Konsorcjum.

Oświadczenia przedstawione przez Konsorcjum w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 20 maja 2020 r. wzbudziły u Odwołującego poważne wątpliwości z następujących powodów:

1) oświadczenie Producenta Systemu Ociepleń DREIER z 20 maja 2020 r. jest podpisane przez Pana W. P., który jest współwłaścicielem PBH TERMOBUD SC i PBH TERMOBUD S. J., a więc firm, tworzących konsorcjum do realizacji przedmiotowego zadania. Stwierdzenie, że firma DREIER będąca współwłasnością Pana W. P. udziela rabatu Konsorcjum firm TERMOBUD SC i TERMOBUD S.J., gdzie również Pan W. P. jest współwłaścicielem tych firm, na materiały wchodzące w skład systemu dociepleń w wysokości 40% jest w tej sytuacji niewiarygodne.

2) Nie określono, od jakich cen ma być udzielany ten rabat. Powszechną praktyką bowiem jest określanie przez producentów czy dystrybutorów materiałów budowlanych wysokich cen katalogowych czy detalicznych i następnie później udzielanie tzw. „rabatu”, który tak naprawdę jest sprowadzeniem ceny do poziomu rynkowego.

3) oświadczenie z dnia 20 maja 2020 r. Hurtowni Budowlanej INVEST, gdzie właścicielami są Panowie W. P., R. B. Z treści oświadczenia wynika, że właściciele hurtowni INVEST mogą udzielić sobie jako właścicielom firm TERMOBUD SC i TERMOBUD SJ rabatu w wysokości 20-40% na materiały budowlane, podczas gdy nie określono od jakich cen (katalogowych, detalicznych czy innych) ten rabat miałby zostać udzielony, nie wskazano szczegółowo np. w formie wykazu jakich materiałów miałoby to dotyczyć. Zdaniem Odwołującego - stwierdzenie o rabacie 20 % do 40% jest zbyt ogólne i nie można się do tego odnieść w sposób merytoryczny i jednoznacznie stwierdzić, czy cena materiałów po udzieleniu rabatu nie jest po prostu normalną ceną rynkową.

4) oświadczenie hurtowni WILGA z dnia 22 maja 2020 r. podpisane przez Specjalistę ds. sprzedaży Pana A. O., który oświadczył, że hurtownia WILGA udzieli rabatów na materiały instalacyjne w wysokości nawet do 74% (na grzejniki KERMI). Według Odwołującego - na rynku materiałów instalacyjnych rabat w takiej wysokości jest niespotykany, ponadto jego zastrzeżenie wzbudził fakt podpisania oświadczenia przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania hurtowni WILGA Sp. z o.o.

5) Konsorcjum TERMOBUD SC i TERMOBUD S.J. w swoich wyjaśnieniach w punkcie Ad.3 oświadczyło, że posiada zmagazynowane ok. 30% całości materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zadania. W ocenie Odwołującego -

oświadczenie to jest bardzo ogólne i nie wiadomo o jakie konkretnie materiały chodzi, czy rzeczywiście spełniają wymagania określone w dokumentacji projektowej, a przede wszystkim brakuje dowodów faktycznego posiadania tych materiałów przez Konsorcjum w postaci np. faktur zakupu. Zdaniem Odwołującego - oświadczenie tej treści nie jest dowodem mającym wpływ na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum.

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn formalnych, ponieważ Odwołujący nie posiada interesu prawnego, ponieważ jego oferta w rankingu ofert zajmuje czwarte miejsce i może nie być uznana za najkorzystniejszą.

Zwrócił uwagę, że zakładając odrzucenie ofert wykonawcy, Zamawiający będzie musiał ponownie ocenić oferty oraz przeprowadzić m.in. procedurę wynikającą z art. 26 ust. 2 i 3 w stosunku do wykonawców, których oferty znajdują na 2. i 3. miejscu w rankingu ofert oraz w stosunku do Odwołującego.

Zamawiający również zauważył, że biorąc pod uwagę przyjętą procedurę odwróconą, terminy ustawowe, termin otrzymania wyroku w niniejszej sprawie, uprawomocnienie wykluczenia dwóch wykonawców oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również czas na załatwienie procedur formalnych przed podpisaniem umowy, zamówienie z 5-miesięcznym terminem realizacji nie będzie mogło zostać zrealizowane w terminie kwalifikowalności wydatków, wynikającym z obowiązującej umowy o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej.

Z tego względu, gdyby nawet w wyniku daleko idącego zbiegu okoliczności mogło dojść do podpisania umowy z Odwołującym, Zamawiający nie miałby zagwarantowanego współfinansowania projektu i zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że wykorzystał już możliwość przedłużenia terminu realizacji projektu wynikającą z ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.

Jednocześnie, oświadczył, że Gmina Miasteczko Śląskie nie jest w stanie zwiększyć w budżecie nakładów finansowych na projekt. Tym samym Zamawiający potencjalnie byłby

zmuszony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp. Możliwość unieważnienia niniejszego postępowania z powodu nieprzyznania środków z budżetu Unii Europejskiej na okres realizacji zamówienia, które mogło by w takiej sytuacji nastąpić, została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w części IV.6.4). W takim przypadku inwestycja zostałaby zaniechana, co nie leży w interesie Zamawiającego, Odwołującego ani ogólnym interesie społecznym.

W kwestii zarzutu zaniechania wykonania czynności wskazanych w odwołaniu z dnia 10.04.2020 r. pomimo uznania odwołania (sygn. akt. KIO 789/20) podkreślił, że Zamawiający, na podstawie art. 186 ust. 2, 3, 3a ustawy Pzp, nie jest zobowiązany do bezwzględnego wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu oraz w sposób w nim zawarty.

Zamawiający jest zobligowany przede wszystkim do prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający jest zobligowany do powtórzenia kwestionowanych czynności, ale w sposób zgodny z przepisami i zasadami ustawy Pzp. Wykonanie czynności zawartych w odwołaniu nie może bowiem prowadzić do czynności sprzecznych z tymi przepisami i zasadami.

Wskazał przy tym, że powyższe wynika bezpośrednio z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2020 r. na odwołanie.

Ponadto, zaznaczył, że postępowanie jw. zostało umorzone, nie było rozpatrywane pod względem merytorycznym, a zatem nie zachodzi przesłanka wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z oświadczeniem dokonał powtórzenia czynności kwestionowanych w odwołaniu, w wyniku którego wszczęto postępowanie odwoławcze sygn. akt 789/20.

W przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Cywilna - Lider Konsorcjum (ul. Rocha 2198, 42-200 Częstochowa), TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Jawna — Partner Konsorcjum (ul. Rocha 2198, 42-200 Częstochowa), Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „SANIT-GAZ” M. G. — Partner Konsorcjum (ul. Dąbkowskiego 32, 42-217 Częstochowa) Zamawiający podkreślił, że wezwanie do wyjaśnienia oferty pod kątem rażąco niskiej ceny zostało skierowane z mocy prawa na

podstawie dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyłącznie z powodu daleko idącej ostrożności.

Wyjaśnił, że wątpliwości Zamawiającego zasadniczo nie sprowadzały się do merytorycznej oceny ceny oferty, tylko zamiaru poświadczenia w ten sposób poprawności ceny.

Zamawiający stwierdził, że otrzymał od wszystkich wykonawców wyłącznie ogólną - ryczałtową cenę brutto (bez kosztorysu czy formularza cenowego) i z tych względów dążył do tego, aby Wykonawca potwierdził poprawność ceny, co też uczynił.

Zdaniem Zamawiającego - dowodem w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, może być samo oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zależało mu głównie na samo weryfikacji Wykonawcy, czy cena jest poprawna (nie jest rażąco niska np. z powodu omyłki, której Zamawiającego nie jest w stanie zidentyfikować oceniając ofertę).

Podkreślił przy tym, że w odniesieniu do pozostałych ofert otrzymanych w przedmiotowym postępowaniu cena oferty Wykonawcy nie jest zaniżona, nierealistyczna, niewiarygodna. Świadczy o tym nieprzekroczenie progu bagatelności względem średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert (także tych przekraczających wycenę i budżet) oraz tylko nieznaczne odstępstwo cenowe od kolejnych trzech najtańszych ofert (0 9-12%, tj. ok. 100 tys. zł netto), w tym oferty Odwołującego.

Zaznaczył przy tym, że wezwanie do wyjaśnień zostało skierowane na podstawie porównania ceny oferty i kosztorysu inwestorskiego, który został jednak sporządzony na podstawie cen średnich Sekocenbud, bez uwzględnienia rabatów i innych okoliczności nieuwzględnianych przy wycenie inwestorskiej.

Wyjaśnił, że z powyższych względów oraz braku możliwości odniesienia się do poszczególnych elementów oferty Zamawiający skierował do Wykonawcy ogólnikowe wezwanie, bez wskazywania, które elementy oferty powinny zostać wyjaśnione i dowiedzione.

Wykonawca był zobowiązany udowodnić generalnie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca dokonał tej czynności przekazując pismo MOK.81.13.03.2020 z

dnia 13.03.2020 r. Zamawiającemu wraz z informacjami o okolicznościach faktycznych wpływających na cenę oferty (okolicznościach przygotowania oferty).

W zakresie dowodów przedstawianych na potwierdzenie, że cena oferty nie jest rażąco niska, przede wszystkim podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika również, by wykonawca w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i że została rzetelnie skalkulowana, był zobowiązany do przedstawienia konkretnych dowodów, w tym np. wiążących ofert swoich potencjalnych kontrahentów.

Zamawiający podkreślił, że Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2020 r. powołał się na indywidualne uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności wysokie rabaty — jakie nie zostały ujęte w kalkulacji inwestorskiej, posiadanie zmagazynowanych materiałów, czy wdrożony system zarządzania jakością, który w ocenie Zamawiającego nie jest standardem w przypadku małych i średnich przedsiębiorstw i wpływa na zmniejszenie liczby roboczogodzin.

Zamawiający wziął również pod uwagę, że współnikami spółki cywilnej, będącej członkiem konsorcjum, są właściciele firm — producenta systemu dociepleń oraz hurtowni materiałów budowlanych, co oznacza pominięcie w łańcuchu dostaw pośredników, a przez to obniżenie marż i kosztów zakupu materiałów.

Dla Zamawiającego okoliczność wyłączenia pośredników z procesu dostawy materiałów, które stanowią istotną pozycję cenotwórczą (przedmiotem zamówienia jest docieplenie budynku), wprost wskazuje na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania pozwalające na obniżenie ceny.

Zarzut Odwołującego, jakoby rabat był niewiarygodny, ponieważ został udzielony przez członka konsorcjum, jest niezgodny z zasadami logiki. Skład konsorcjum powoduje, że już pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy zyskują wartość merytoryczną — nie są więc wyłącznie dopełnieniem czynności formalnej, traktowanym jako uchylenie się od odpowiedzi.

Dalej wywodził, że wbrew zarzutowi Odwołującego, Wykonawca przedstawił wyliczenia, które uwiarygadniają cenę oferty. Oszczędności szacowane przez Wykonawcę wynikające z korzystniejszej sytuacji Wykonawcy, w szczególności z racji bezpośredniego dysponowania hurtownią budowlaną czy firmą produkującą systemy dociepleń, oraz stałą współpracą z partnerami handlowymi, wynoszą 75 tys. zł.

W ocenie Zamawiającego - wyliczenia te są wiarygodne, zwłaszcza odnosząc je do wyceny inwestorskiej sporządzonej na podstawie średnich cen. Ogół oszczędności, jakie oszacował Wykonawca, wynosi natomiast 141 tys. zł. Wyłączając te okoliczności dla sporządzenia oferty i podwyższając cenę oferty o tę kwotę, Wykonawca nie zostałby nawet wezwany do wyjaśnień — podobnie jak oferent z drugiego miejsca, który złożył ofertę droższą o 100 tys. zł, nie został wezwany - i nie spotkałby się z zarzutami Odwoływającego.

Zamawiający wskazał, że wyliczenia dotyczące oszczędności powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia, a nie do ceny drugiej oferty w kolejności. Niemniej Zamawiający podkreślił, że w stanie faktycznym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wszystkie oferty w zakresie przedmiotowym odpowiadają treści SIWZ, jest to tożsamy punkt odniesienia.

Według Zamawiającego - zarzut o braku szczegółowych danych wskazujących na źródła oszczędności - zważywszy na wyliczone przez Wykonawcę oszczędności 141 tys. zł - także jest niezasadny, gdyż nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. Natomiast w świetle przedstawionych środków dowodowych wyjaśnień, oświadczeń dostawców oraz wyliczeń, a także odnosząc się do cen wszystkich ofert, cenę oferty Wykonawcy należy uznać za rynkową.

Całokształt wyjaśnień oraz dokumenty przedłożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w tym dwanaście referencji oraz oświadczenie wstępne potwierdzające brak nienależytego wykonania dotychczasowych umów w sprawie zamówienia publicznego (okoliczność wynikająca z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp), wskazujące dodatkowo na rzetelność Wykonawcy, dowodzą – w przekonaniu Zamawiającego - należytej staranności i profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej, oraz wzmacniają osąd, że Wykonawca złożył ofertę rzetelną i realistyczną. Tym bardziej, że wykonawcy działając we własnym interesie, prowadząc działalność gospodarczą, której głównym celem jest osiągnięcie zysku, w warunkach rynkowych nie działają narażając się na stratę finansową.

Zważywszy że Zamawiający w wezwaniu nie wskazał, gdyż nie był w stanie, jakie dokładnie elementy ceny lub istotne części składowe budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, jak również nie wskazał zakresu oczekiwanych informacji i nie zadał konkretnych pytań, Wykonawca został zmuszony dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne.

W takim przypadku zarzut Odwołującego, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub udzielił wyjaśnień ogólnych, także jest nieuprawniony, bowiem Wykonawca udzielił wyjaśnień adekwatnych do treści wezwania, a następnie zgodnie z żądaniem Zamawiającego jeszcze te uszczegółowił.

W ocenie Zamawiającego - odwołanie odnosi się wyłącznie do formalnych aspektów przedłożonych wyjaśnień Wykonawcy. Brak jest natomiast w odwołaniu merytorycznych dowodów na poparcie twierdzenia, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska.

Zamawiający stanął na stanowisku, że odrzucenie oferty powinno mieć podłoże merytoryczne (z wyjątkami wskazanymi w ustawie Pzp). Pod tym względem odwołanie jest niezgodne z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje przy tym, że każde odrzucenie oferty wymaga właściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający wyraził również pogląd, że środki dowodowe powinny zostać ocenione przez pryzmat poziomu wątpliwości Zamawiającego.

Wyjaśnił, że jako Zamawiający zasadniczo nie był w pełni przekonany co do konieczności wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tylko uczynił to niejako z mocy prawa, wyjaśnienia nie wymagały jeszcze bardziej szczegółowego uargumentowania wysokości ceny.

Wskazał, że wszystkie przedstawione dowody zostały ocenione pozytywnie, jako w pełni eliminujące wątpliwości Zamawiającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Cel wezwania został zatem spełniony.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia podlegają każdorazowo indywidualnej ocenie, z uwzględnieniem stanu faktycznego, w odniesieniu do wszystkich okoliczności sprawy.

Argumentował, że Zamawiającemu trudno wskazywać na nadzwyczajne — nierealne obniżenie ceny oferty Wykonawcy, gdy cztery oferty, w tym także oferta Odwołującego, znajdują się na bardzo zbliżonym poziomie cenowym.

Z tych wszystkich względów Zamawiający podtrzymał stanowisko, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i jest ofertą najkorzystniejszą.

W przedmiocie zarzutu bezpodstawnego, ponownego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że w sposób oczywisty nie zgadza się z zarzutem Odwołującego odnoszącym się do niezgodnego z ustawą Pzp powtórnego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zastrzegł, że Zamawiający nie wzywał ponownie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, tylko skierował wezwanie do uszczegółowienia posiadanych informacji, w związku z powstałymi, dodatkowymi wątpliwościami.

Odwołujący podniósł, że możliwe jest wielokrotne wzywanie do udzielenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia Zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego związanych z rażąco niską ceną.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, Zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości.

W tym aspekcie Zamawiający podkreślił, że pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy nie były ogólne, mało rzeczowe i nieprzekonujące tj. takie, które uniemożliwiałyby ponowne wezwanie, gdyż zawierały merytoryczne informacje i dowody, które Zamawiający był w stanie należycie ocenić, mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy i do których Zamawiający odniósł się w kolejnym wezwaniu.

W szczególności - w ocenie Zamawiającego - Wykonawca powołał się na konkretne fakty uzasadniające obniżenie ceny, jak np. dysponowanie materiałami budowlanymi, oraz warunków, które oferuje rynek — producenci, dostawcy, personel itp.

W tym kontekście odniósł się do okoliczności, że uczestnikami oferty wspólnej są producenci systemów dociepleń oraz właściciele hurtowni materiałów budowlanych. Jak wynika z przeprowadzonej oceny ofert, w tak uprzywilejowanej sytuacji znajduje się tylko Wykonawca.

Zamawiający podkreślił również, że nie wnosił o ponowne złożenie nowych wyjaśnień w celu „ratowania oferty”, tylko skierował konkretne, uszczegóławiające pytania, odnoszące się przedmiotowo wyłącznie do udzielonych wcześniej informacji (dowodów), do czego miał niepodważalne prawo.

Zamawiający wskazał, że w okolicznościach sprawy, kiedy w ofertach podano wyłącznie ceny globalne (bez formularza ofertowego ani nawet podziału na netto i brutto), Zamawiający nie jest w stanie zadać konkretnego pytania, a Wykonawca w związku z tym nie może odnieść się do konkretnych aspektów własnej oferty, wyjaśnienia dotyczące ceny zasadniczo nie mogą być jednoetapowe. Zadawanie kolejnych pytań wynika z warunków postępowania, w którym obowiązująca jest cena ryczałtowa i nie jest wymagane złożenie kalkulacji cenowej.

Według Odwołującego - kluczową kwestią w sprawie możliwości skierowania ponownego wezwania do wyjaśnień jest wartość merytoryczna poczynionych już wyjaśnień oraz przede wszystkim jakość wezwania do wyjaśnień.

Wyjaśnienia Wykonawcy, jak wynika z niniejszego pisma, dawały Zamawiającemu takie prawo, gdyż były merytoryczne, zostały udzielone w ramach wytyczonych przez Zamawiającego. Wezwanie do uszczegółowienia było konieczne w celu rzetelnej oceny oferty.

Nawet, gdyby uznano, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 18.03.2020 r. są ogólnikowe, to jednak Zamawiający nie wzywał Wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia twierdzeń, ponieważ uczynił to tylko raz.

Zdaniem Zamawiającego - kolejne wezwanie może stanowić również korektę nieprawidłowego wcześniejszego wezwania — mając na uwadze, że wezwanie, do którego musiał odnieść się Wykonawca, miało charakter ogólny i mogło nie dawać szansy na udzielenie satysfakcjonującej odpowiedzi.

Na koniec zaznaczył przy tym, że wszelkie niejasności powinny być rozstrzygane na korzyść Wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, a także akta 789/20, w tym treść SIWZ, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Cywilna z siedzibą w Częstochowie, TERMOBUD W. P., R. B. Spółka Jawna z siedzibą w Częstochowie, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe SANIT-GAZ M. G. z siedzibą w Częstochowie, zwanych dalej Konsorcjum, pierwszego wezwania Zamawiającego z dnia 13 marca 2020 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Konsorcjum,

złożonej przez tego wykonawcę informacji z dnia 18 marca 2020 r. na to wezwanie Zamawiającego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2020 r., pierwszego odwołania Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2020 r., które wpłynęło do Izby w dniu 14 kwietnia 2020 r., wobec powyższej czynności, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 kwietnia 2020 r. o uwzględnieniu odwołania, postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2020 r., sygn. akt KIO 789/20 umarzającego postępowanie odwoławcze, drugiego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 kwietnia 2020 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 lipca 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba uznała, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem okoliczność złożenia przez niego oferty usytuowanej w rankingu na czwartej pozycji nie przesądza o tym czy jeden z wykonawców występujący w tym przetargu usytuowany obecnie na pozycji drugiej i trzeciej zostanie ostatecznie wybrany.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.2 i 3, art.186 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający był zobowiązany do wykonania żądania Odwołującego odrzucenia oferty Konsorcjum wynikającego z wniosków zawartych w odwołaniu z dnia 6 kwietnia 2020 r., które wpłynęło do Izby w dniu 14 kwietnia 2020 r. w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w całości i czy miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba ustaliła, że w dniu 14 kwietnia 2020 r. wpłynęło do Izby odwołanie Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 789/20.

Wymaga zwrócenia uwagi, że w przedmiotowym odwołaniu Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z rażąco niską ceną, natomiast nie żądał on nakazania Zamawiającemu ponownego wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Nadto, należy zaznaczyć, że zarówno w poprzednim postępowaniu odwoławczym, jak i obecnie Konsorcjum nie zgłosiło przystąpienia odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła również, że w dniu 15 kwietnia 2020 r. w drodze elektronicznej, a następnie w dniu 20 kwietnia 2020 roku pisemnie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2020 r. zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu wniesionym w dniu 10 kwietnia 2020 roku przez Odwołującego.

Następnie postanowieniem z dnia 13 maja 2020 r. skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze.

Pomimo wyżej sformułowanego żądania Odwołującego nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z rażąco niską ceną Zamawiający podjął decyzję procesową o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

W związku z powyższym – według zapatrywania Izby – w tej sytuacji zastosowanie ma przepis art.186 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeżeli zatem Zamawiający, chcąc uniknąć sporu odnośnie zarzutu wybrania oferty zawierającej rażąco niską cenę, złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości, to powinien liczyć się z konsekwencjami prawnymi wynikającymi z przepisu art.186 ust.2 ustawy Pzp i powinien również wykonać żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty z rażąco niską ceną, obok wykonanej zgodnie z tym żądaniem czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby – Zamawiający pozostaje w błędnym przeświadczeniu, że nie jest związany treścią przepisu art.186 ust.2 ustawy Pzp i może nie wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Takie stanowisko pozostaje w kolizji z treścią cyt. przepisu art.186 ust.2 ustawy Pzp, a zatem Zamawiający nie może wykonywać innych czynności mających na celu obejście żądania, w tym domagania się od Konsorcjum dodatkowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny treści, jeżeli uniemożliwiają one wykonania czynności zgodnie z żądaniem odwołania.

Należy zauważyć również, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zastosowanie powyższego przepisu nie ma charakteru bezwzględnego i sporne żądanie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, jednak nie powołał się w tej mierze na konkretne normy prawne.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 1 224 954,85 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu zostało złożonych 14 ofert i ceny poszczególnych ofert nie były niższe, o co najmniej 30% od 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.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej 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.

1a. 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.

Opierając się o powyższy materiał dowodowy zebrany w sprawie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Konsorcjum, a to z tego powodu, że nie zostały przekroczone wskazane wyżej progi ustawowe cen.

Podstawę dla Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę oferty Konsorcjum mogła stanowić jedynie okoliczność zaoferowania przez tego wykonawcę ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, które wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wymaga przy tym wskazania, że jeżeli Zamawiający miał takie wątpliwości, o których mowa w przepisie art.90 ust.1 ustawy Pzp i skierował do Konsorcjum wezwanie z dnia 13 marca 2020 r., to stał się podmiotem zobowiązanym do przyjęcia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, które powinien zbadać, a następnie ocenić i na ich podstawie dokonać czynności wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej lub odrzucenia jego oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dalej, Izba ustaliła, że pismem z dnia 18.03.2020 r. Konsorcjum skierowało do Zamawiającego informację dotyczącą wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny nie załączając do niej żadnych dowodów na potwierdzenie zawartych tam informacji.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, jednak treść tych wyjaśnień Konsorcjum jest ogólna, lakoniczna i powierzchowna oraz nie poparta jakimikolwiek dowodami.

Konsorcjum w cyt. piśmie nie przedstawiło żadnej kalkulacji kosztowej wraz z dowodami ją potwierdzającymi, a także zysku jaki uzyska realizując zamówienie.

Powyższe zaś prowadzi do wniosku, że Konsorcjum za taką cenę może nie wykonać przedmiotowego zamówienia lub może je wykonać nienależycie.

W związku z tym – według zapatrywania Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, co skutkuje koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Konsorcjum nie przeprowadziło skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Konsorcjum ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez dowodów złożonych przez Konsorcjum nie mogła potwierdzić, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższe zapatrywanie Izby zostało oparte na jednolitej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Natomiast wymaga wskazania, że w swoim wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

W związku z tym, Izba podziela również zapatrywania innych składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 13 października 2014 r., sygn. akt KIO 2025/14 oraz wyrok z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17) przyjmujących, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty.

Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłyby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Należy wskazać, że Zamawiający już w pierwszym wezwaniu z dnia 13 marca 2020 r. wyraźnie opisał jakie ma wątpliwości i były to: wycena inwestorska, analiza cen wszystkich uzyskanych ofert oraz poszczególne postanowienia SIWZ.

Zamawiający wymagał podania wszystkich kosztów towarzyszących, kosztów świadczeń gwarancyjnych i serwisowych, a także kosztów związanych z wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawców.

W odpowiedzi z dnia 18 marca 2020 r. Konsorcjum w sposób bardzo ogólny i lakoniczny poinformowała o posiadaniu własnego zaplecza technicznego bez określenia jego potencjału oraz bazy przedsiębiorstwa w bliskiej odległości od miejsca wykonywania przedmiotu zamówienia bez określenia jaki ta okoliczność ma konkretny wpływ na koszty i jakie w związku z tym są oszczędności.

To samo dotyczy deklaracji Konsorcjum zatrudniania osób zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, gdzie nie udowodniono jaki to ma wpływ na koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum powołując się na wprowadzony system zarządzania jakością pozwalający na obniżenie kosztów pracy o 15% nie udowodnił na czym polegało usprawnienie organizacji pracy i jaki jest konkretnie mechanizm prowadzący do powyższej obniżki kosztów.

Nie jest również wiadome dlaczego Konsorcjum zatrudnia pracowników według stawek znacząco niższych od rynkowych.

Nadto, posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji zamówienia oraz zmagazynowanie zapasów materiałowych mogą istotnie wpływać na oszczędności, tyle tylko, że Konsorcjum nie przedstawiło w tym zakresie żadnej symulacji kosztowej, ani nie złożyło stosownej dokumentacji źródłowej, jak chociażby faktury nabycia towarów po określonych cenach w okresie wcześniejszym i nie wykazało w związku z tym wzrostu cen tych towarów w chwili obecnej na rynku.

Jeżeli chodzi o deklarowane rabaty nawet 40 %, to konsorcjum powinno przedstawić Zamawiającemu stosowne wyliczenia dokonane na podstawie realnych cen opisanych w cennikach czy kartach katalogowych i w oparciu o oferty z rynku.

W przekonaniu Izby – Konsorcjum nie sprostало obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i wobec tego Zamawiający nie powinien ponownie wzywać wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Konsorcjum na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

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

Przewodniczący:.....