

**WYROK
z dnia 12 czerwca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2020 r. przez wykonawcę Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jelcz-Laskowice

przy udziale wykonawcy AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 645/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Jelcz-Laskowice i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Gminy Jelcz-Laskowice na rzecz wykonawcy Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Jelcz-Laskowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego „Budowa żłobka i przedszkola w Jelczu-Laskowicach jako demonstracyjnego budynku użyteczności publicznej w formule zaprojektuj i wybuduj”, które to zamówienie zostało ogłoszone o zamówieniu opublikowane zostało w BZP pod numerem 511795-N-2020 z dnia 2020-02-13.

W dniu 20 marca 2020r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w dniu 25 marca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu:

a) Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,

b) Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy AWM Budownictwo S.A., którego oferta powinna podlegać odrzuceniu oraz prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

c) Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez AWM Budownictwo S.A pomimo, że wykonawca nie wyjaśnił w sposób rzeczowy i uzasadniony, że cena z jego oferty nie jest rażąco zaniżona, poza gołosłownymi twierdzeniami, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń a także nie obalił domniemania, że cena z jego oferty jest rażąco zaniżona

d) Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty AWM Budownictwo S.A. z tej przyczyny, że AWM Budownictwo S.A nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

e) Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie AWM Budownictwo S.A. pomimo że w wyniku niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd zamawiającego składając oświadczenie, że zrealizuje

zamówienie samodzielnie, jednocześnie składając załącznik nr 2 do oferty, z którego wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ będzie polegał na zasobach spółki Mosty Łódź S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- a) Unieważnienie czynności wyboru AWM Budownictwo S.A.
- b) Wykluczenia wykonawcy AWM Budownictwo S.A. z postępowania
- c) Odrzucenie oferty AWM Budownictwo S.A.
- d) Dokonanie przez Zamawiającego czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert w postępowaniu
- e) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie wnosił o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Według Odwołującego - cena oferowana przez Wykonawcę AWM Budownictwo S.A. jest ceną niewiarygodną, odbiegającą od cen ofertowanych przez innych wykonawców i stanowi podstawę do stwierdzenia, że realizacja przedmiotowego zamówienia, będzie odbywała się poniżej kosztów wytworzenia, że są cenami nierzetelnie skalkulowanymi, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Powyższe – zdaniem Odwołującego - stanowi to niezaprzeczalną podstawę do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzucił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 marca 2020r. do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, Wykonawca lakonicznie w sposób tendencyjny oświadczył skąd wynika zaproponowana cena, nie przedkładając żadnych dowodów, które mają stanowić poparcie dla

przedstawionych argumentów, przede wszystkim co do uzyskanych upustów cenowych, z uwagi na długoletnią współpracę Wykonawcy z jego kontrahentami.

Podważał twierdzenia Wykonawcy konkurencyjnego deklarującego wykonanie robót ziemnych przy wykorzystaniu własnego potencjału ludzkiego i sprzętowego, który nie wykazał o jakim zasięgu są to zasoby, a także Odwołujący zwrócił uwagę, że nie podał on jakichkolwiek wyliczeń określających wysokość kosztów pracy, w tym kosztów wynagrodzenia dla pracowników, którzy będą pracować podczas realizacji niniejszego zamówienia, ile osób będzie pracowało podczas realizacji zamówienia oraz jak będzie wypłacane wynagrodzenie, a także wysokość wynagrodzenia pracowników pracujących przy realizacji zamówienia.

Zakwestionował również twierdzenia konkurenta, że korzystanie z własnych zasobów mogło wygenerować oszczędności rzędu 30 %. Potencjalny zysk wygenerowany z korzystania z własnego sprzętu nie przekracza 10% i to tylko pod warunkiem, że w tym czasie nie ulegnie awarii.

Zauważył, że AWM Budownictwo S.A, także w tym punkcie wyjaśnień tylko oświadczyło o korzystaniu z własnego sprzętu, nie udowadniając jaki to sprzęt, w jakim stanie, jaka ilość.

Podkreślił, że poza tymi słowami, Wykonawca nie przedłożył nawet pozornej kalkulacji oszczędności i kosztów prac własnym sprzętem czy własnymi pracownikami.

Jako analogiczną sytuację wskazał kreowanie w wyjaśnieniach AWM Budownictwo S.A istnienia rabatów i upustów cenowych uzyskanych od producenta ślusarki aluminiowej, dźwigów osobowych i instalacji sanitarnych, oraz podczas zakupów materiałów murowych.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca złożył wyłączenie ogólne twierdzenia, że uzyskał rabat w wysokości 20 % czy 15 % i nie przedstawił żadnej oferty cenowej ani nawet nazwy wieloletnich kontrahentów oferujących tak znaczne upusty.

W ocenie Odwołującego - Wykonawca, chcąc uzasadnić korzystność ceny przysługującymi mu zniżkami, powinien zawrzeć w wyjaśnieniach dowody co do wysokości oraz zakresu rabatów przyjętych przez niego do kalkulacji ceny oferty. Taki podmiot powinien przedstawić w wyjaśnieniach okoliczności i dowody na sprzyjające i dostępne jedynie jemu warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom działającym na tym samym rynku.

Odwołujący wyjaśnił, że na potrzeby tego odwołania, posługując się wyłącznie procentowymi danymi z wyjaśnień Wykonawcy, obliczył różnicę w cenie Wykonawcy z ofertą Odwołującego, stosując upusty wskazane w wyjaśnieniach i tylko w niewielkim zakresie dotyczącym robót ziemnych, ślusarki aluminiowej, instalacji sanitarnych, dźwigu osobowego, w stosunku do wartości, które zostały skalkulowane przez Odwołującego w oparciu o program do kosztorysowania NORM z uwzględnieniem cen materiałów i sprzętu na I kwartał 2020r.

W związku z tym wyliczeniem stwierdził, że osiągnięta różnica w cenie tylko w tych ww. pozycjach wynosi aż 238 211,06 zł brutto.

Z analizy podanych wartości oraz parametrów wynika że, ceny jakie zaoferował Wykonawca są rażąco niskie i nie są wystarczające do wykonania zakresu prac nawet przy założeniu zerowego zysku i braku konieczności ponoszenia jakichkolwiek kosztów, co oznacza to, iż zaoferował zrealizowanie zamówienia poniżej cen jego wykonania (ze stratą).

Wskazał, że działanie takie jest niezgodne z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ceny oferty Wykonawcy w całości, jak i jej pojedyncze elementy zostały określone poniżej rynkowych kosztów ich wykonania.

Argumentował, że przy najbardziej korzystnych cenach na rynku i najlepszych umowach z dostawcami, wykonawca nie jest w stanie wykonać tych robót, przy użyciu wymaganych towarów na takim poziomie cen, co oznacza, że kwestionowana oferta zawiera cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

W tym kontekście stanął na stanowisku że Wykonawca nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a zatem stanowi to ewidentne zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Ponadto, podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zgodnie z

art. 190 ust. 1a ustawy stanowi, że Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Nie budziło żadnych wątpliwości Odwołującego, że wyjaśnienia AWM Budownictwo S.A nie obaliły wynikającego wprost z ustawy domniemania wadliwości złożonej oferty, ale wręcz przeciwnie, potwierdziły te okoliczności. Jeżeli wyjaśnienia pozostawiają istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający powinien taką ofertę odrzucić.

W zakresie zarzutu podania przez wykonawcę konkurencyjnego nieprawdziwych informacji zauważył, że ten w złożonej ofercie w pozycji D „Oświadczenia” pkt 9, oświadczył, że „zamówienie zrealizuje samodzielnie”.

Jednocześnie, w tej samej ofercie - w wypełnionym załączniku nr 2 i załączniku nr 3 do SIWZ Wykonawca oświadczył, że będzie korzystał z zasobów innych podmiotów - w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dalej, podniósł, że zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane czyli zrealizują roboty lub usługi, do których wykonania te zdolności są potrzebne.

W związku z tym Odwołujący wskazał, że Wykonawca poprzez swoje rażące zaniedbanie lub celowe działanie wprowadził Zamawiającego w błąd naruszając tym samym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie AWM Budownictwo S.A.

Zaznaczył, że Zamawiający otrzymał od Wykonawcy dwa sprzeczne oświadczenia, które mają dwa odrębne skutki prawne, bowiem Wykonawca oświadczył, że zamierza wykonać zamówienie samodzielnie.

Według Odwołującego - złożona przez Wykonawcę oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu, a Wykonawca nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w pkt V ust. 1 SIWZ tj. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwie) roboty

budowlane o łącznej wartości min. 6 000 000 zł brutto, z których co najmniej 1 robota wykonana była za kwotę nie mniejszą niż 3 000 000 zł brutto (w formule zaprojektuj i wybuduj), polegające na wykonaniu obiektów kubaturowych o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m³ (np. wykonanie budynku z przeznaczeniem na pobyt ludzi wraz z przyłączem sanitarnym i elektrycznym).

Wobec powyższego – wyraził przekonanie, że Zamawiający w rzeczonym przypadku nie może zastosować art. 87 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W tym stanie faktycznym i prawnym biorąc pod uwagę wskazane naruszenia przepisów, odwołanie powinno – zdaniem Odwołującego - zostać uwzględnione w całości o czynności Zamawiającego powtórzone.

Pismem z dnia 27 marca 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej Przystępującym, a piśmie z dnia 9 czerwca 2020r. przedstawił do niego uzasadnienie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie zarzucając działaniom Odwołującego:

- a. bezprzedmiotowość i bezzasadność, z uwagi na wykazany w dalszej części niniejszego wystąpienia, brak naruszeń wskazanych przez Odwołującego przepisów;
- b. dokonanie przez Odwołującego na własne potrzeby subiektywnej oceny stanu faktycznego, poprzez przyzmat dążenia do uzyskania zamówienia publicznego.

Jednocześnie wnosił o:

- a. Oddalenie odwołania w całości.
- b. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, wg. norm przepisanych.

Zamawiający po dokonaniu analizy odwołania zauważył, że jego meritum sprowadza się do dwóch elementów:

- 1 Zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.
- 2.Nie wykluczenia Wykonawcy AWM Budownictwo na podstawie art.24 ust.1 pkt 16 i

17.

Na wstępie Zamawiający zwrócił uwagę, że przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu wdrożenie wobec konkretnej oferty procedury wyjaśniającej w zakresie weryfikacji realności ceny w przypadku, gdy oferta taka zawiera cenę niższą o co najmniej 30 % od ubruttowionej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Przyznał, że w takiej sytuacji Zamawiający zobligowany jest wystąpić do Wykonawcy, który taką ofertę złożył, o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (tzn. nie posiada wówczas możliwości samodzielnego zdecydowania o wdrożeniu takiej procedury wyjaśniającej), chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (przy czym znaczenia tego sformułowania ustawa PZP nie precyzuje, przez co jest ono wysoce problematyczne w kontekście praktycznego zastosowania tej części przepisu).

Powyższe oznacza dla Zamawiającego, iż ustanawiane faktem wdrożenia procedury wyjaśniającej w zakresie realności ceny statutowanej art. 90 ustawy PZP domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie podlegającej takiemu badaniu (które w kontekście przepisu art. 90 ust. 2 ustawy PZP winno zostać obalone przez Wykonawcę, który ma wykazać poprzez składane wyjaśnienia, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny) jest de facto w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1a ustawy PZP narzucane automatycznie ex lege - jako że Zamawiający nie ma wówczas zasadniczo możliwości samodzielnego zdecydowania, czy w takiej sytuacji faktycznie cena wydaje się rażąco niska i budzi jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, ale te wątpliwości (będące fundamentem wykreowania podstawy prawnej dla wdrożenia postępowania wyjaśniającego z art. 90 ustawy PZP, a tym samym dla zaistnienia wspomnianego domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny) w świetle brzmienia art. 90 ust. 1a ustawy PZP Zamawiający z mocy prawa musi wówczas mieć, a tym samym musi wystąpić do Wykonawcy o złożenie stosowanych wyjaśnień (nie ma w tym kontekście znaczenia wola, wiedza, czy świadomość Zamawiającego, który faktycznie tych wątpliwości może nie mieć).

Wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu zaistniała właśnie opisana wyżej sytuacja - procedura wyjaśniająca z art. 90 ustawy PZP została wdrożona wobec oferty Przystępującego nie tyle dlatego, że u Zamawiającego rzeczywiście pojawiła się wątpliwość do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego, ale dlatego: iż cena ta formalnie wypełniała określone w art. 90 ust. 1a ustawy PZP parametry odniesienia determinującego konieczność wdrożenia takiej procedury - cena ta była niższa tylko o 3,7 % ubruttowionej wartości zamówienia, natomiast od średniej arytmetycznej cen wszystkich siedmiu złożonych

w postępowaniu ofert dokładnie o 34,73 %, co wskazane zostało w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Przystępującego (pismo z dnia 04 marca 2020 r.).

Abstrahując zatem od brzmienia przywołanych przepisów, które nakazują Zamawiającemu posiadanie tych wątpliwości (czyli irrelewantnym jest, czy istnienie tych wątpliwości wynika z faktycznej analizy ceny oferty przez Zamawiającego, ale ich istnienie jest narzucone poprzez przyjęte w ustawie PZP odgórnie i generalnie określone założenie konstrukcyjne) - w ocenie Zamawiającego - cena ta nie budziła wątpliwości w zakresie jej realności przy uwzględnieniu przyjętego systemu realizacji zamówienia (zaprojektuj i wybuduj), a przez to określonej ogólności przedmiotu zamówienia w związku z niemożnością przesądzenia na tym etapie poszczególnych rozwiązań szczegółowych i elementów robót (w tym ich kosztów) oraz faktu ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego w ramach tego zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że w kontekście pozyskanych od Przystępującego w ramach procedury wyjaśniającej z art. 90 ustawy PZP informacji (złożonych pismem z dnia 10 marca 2020 r, wyjaśnień) oraz własnej wiedzy i przekonania (Zamawiający od początku nie posiadał wątpliwości co do realności ceny tej oferty) dokonał całościowej oceny ceny zawartej w ofercie Przystępującego uznając ją za ofertę prawidłową w świetle ustawy PZP, ważną, niepodlegającą odrzuceniu i niezawierającą rażąco niskiej ceny, ale cenę realną, umożliwiającą należyte wykonanie zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymaganiami.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że cena w ofercie Przystępującego miała nie pokrywać kosztów należytego wykonania zamówienia — w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do przyjęcia takiego stanowiska, a argumentacja podana przez Odwołującego o tym w żaden sposób nie świadczy.

W ocenie Zamawiającego - brak było podstaw, aby ofertę Przystępującego uznać za ofertę zawierającą rażąco niską cenę (w ocenie Zamawiającego, popartej przekazanymi wyjaśnieniami, oferta ta zawiera cenę realną w kontekście przedmiotu zamówienia, a nie cenę zaniżoną niezgodnie z prawem), stąd została ona zgodnie z prawem i zasadnie uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W zakresie drugiego zarzutu Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z przepisami art. 22a ust. 1 ustawy z 29.012004 r. - Prawo zamówień publicznych wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach

technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Następnie, zauważył w oparciu o powyższy przepis wykonawca, polegający na tych zdolnościach musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów. Temu może służyć zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zaznaczył, że Przystępujący w załącznikach nr 1 i nr 2 do ofert oświadczył, że będzie korzystał z zasobów innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że na jego wezwanie Przystępujący uzupełnił dokumenty o oświadczenie podmiotu trzeciego biorącego udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający stanął na stanowisku z faktu posługiwania się zasobem podmiotu trzeciego i konieczność wykonywania przez ten podmiot robót budowlanych, lub usług do realizacji których zdolności tego podmiotu są wymagane, nie wynika automatycznie, że podmiot udostępniający zasoby musi być podwykonawcą.

Wobec tego stwierdził, że dla posłużenia się zasobem podmiotu trzeciego podwykonawstwo nie jest bezwzględnie wymagane i wykonawca może w ofercie oświadczyć, że nie będzie wykonywał zamówienia przy udziale podwykonawcy, jednakże obligatoryjnie podmiot, który udostępnia zasoby musi wykonywać w trakcie realizacji zamówienia (samodzielnie lub wspólnie z wykonawcą) roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający oświadczył, że dysponując wszystkimi dokumentami nie miał wątpliwości spełniania przez Wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Podsumowując powyższe, Zamawiający jednoznacznie wyraził przekonanie, iż złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy PZP nie znajduje potwierdzenia w dokonanych przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania czynnościach w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, zapisów SIWZ oraz poglądów prezentowanych przez doktrynę i orzecznictwo, jak i innych okoliczności wskazanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

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, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 4 marca 2020 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Przystępującego, złożonej przez tego wykonawcę informacji z dnia 9 marca 2020 r. na to wezwanie Zamawiającego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 marca 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2020 r., Uzasadnienia Przystępującego przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika 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 Przystępującego, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem okoliczność złożenia przez niego oferty z ceną przekraczającą kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na otwarciu ofert nie przesądza o możliwości zmiany przez Zamawiającego tej kwoty, co w konsekwencji może wiązać się z potencjalną możliwością uzyskania tego zamówienia przez Odwołującego.

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.91 ust.1 ustawy Pzp. Nie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona na kwotę brutto 8 303 057,69 zł.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1. Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ERA S.A. z siedzibą we Wrocławiu z ceną brutto : 12 958 856,88 zł,

2.Przedsiębiorstwo REM-BUD K. K.-G. z siedzibą w Zgłobienu z ceną brutto : 13 340 017,00 zł,

3.OZ-BUD Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe Sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną brutto : 14 063 902,47 zł,

4.Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu z ceną brutto : 9 764 722,34zł,

5.Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z ceną brutto : 11 661 224,28zł,

6.AWM BUDOWNICTWO S.A. z siedzibą we Wrocławiu z ceną brutto : 7995 990,00zł,

7.K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO,WOD-KAN i GAZ Usługi Ogólnobudowlane Z. K. z siedzibą we Wrocławiu z ceną brutto: 15 968 000, 00zł.

Powyższe zestawienie cenowe wskazuje, że cena oferty Przystępującego była o 3,7% niższa od wartości przedmiotu zamówienia i o 34,73% niższa od średniej arytmetycznej podanych wyżej cen złożonych ofert.

Opierając się o powyższy materiał dowodowy zebrany w sprawie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Przystępującego, co uczynił w piśmie z dnia 4 marca 2020 r.

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.

Dalej, Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 marca 2020 r. Przystępujący skierował 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 Przystępującego jest ogólna, lakoniczna i powierzchowna oraz nie poparta jakimikolwiek dowodami.

Przystępujący powołał się w cyt. piśmie na znaczny spadek cen w ciągu ostatnich 12 miesięcy, jednak nie przedstawił w tej mierze żadnej publikacji dla potwierdzenia tej informacji, a złożone w tym przetargu ceny w pozostałych ofertach zaprzeczają tym twierdzeniom.

Dodatkowo, Przystępujący podniósł w omawianej informacji, że jest w doskonałej sytuacji finansowej, która umożliwia skrócenie terminów płatności dla dostawców i kooperantów do 7 dni, co umożliwia mu uzyskanie ponadnormatywnych upustów.

Powyższe stwierdzenie zupełnie nie wyjaśnia na czym ów dobrobyt Przystępującego polega w przeliczeniu na konkretne wartości, a także jakie są rzeczywiste upusty i od jakich podmiotów pochodzą.

Komentując dalej przedmiotowe wyjaśnienia Przystępujący zamiast podać konkretne koszty pracownicze powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 kwietnia 2008 r., C-346/06, co w żaden sposób nie odzwierciedla obrazu tych wartości i ich wpływu na cenę.

Zdaniem Izby - informacja o braku partycypacji w pomocy publicznej również nie wyjaśnia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Przystępującego.

Izba również uznała, że ogólne stwierdzenia o wypracowaniu przez Przystępującego modelu biznesowego czy posiadaniu przez niego własnego potencjału projektowego, a także posiadania przez niego własnych pracowników produkcyjnych, którzy mieszkają w rejonie planowanej inwestycji, nie stanowią żadnego waloru dowodowego, bez wskazania szczegółowej struktury tego modelu, bez wskazania konkretnego projektanta dedykowanego do wykonania zadania wraz z jego kosztami, a także bez wyjaśnienia jaki wpływ na cenę ma wykonywanie danej pracy przez pracowników lokalnych.

Wymaga zauważenia, że większość z wykonawców ma siedzibę tak jak Przystępujący we Wrocławiu, co oznacza, że ich rynek lokalny robót budowlanych ogniskuje się w rejonie tego miasta.

Nie są dla Izby przekonujące ogólne wyjaśnienia Przystępującego, że roboty ziemne będą realizowane przy zaangażowaniu własnego potencjału ludzkiego i sprzętowego, co pozwala na poczynienie oszczędności około 30 % w stosunku do podmiotów, które roboty ziemne wykonywałyby z zaangażowaniem podwykonawcy.

Jednak wobec zadeklarowania przez Przystępującego udziału osoby trzeciej przy realizacji zamówienia, w okolicznościach oświadczenia o niekorzystaniu z podwykonawstwa, nie sposób nie dostrzec, że będzie on zobowiązany do rozliczenia się z tym podmiotem z kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wobec tego informację tę – Izba uznała – za całkowicie niewiarygodną i nie popartą dowodami.

Jeżeli chodzi o deklarację Przystępującego odnoszącą się do obniżonych kosztów za ślusarkę aluminiową i materiały budowlane o 20 % od wartości rynkowych, a także kosztów dźwigów osobowych i instalacji sanitarnych o 15% od tej wartości, to – w ocenie Izby – jest ona gołosłowna.

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 Przystępujący nie przeprowadził skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez dowodów złożonych przez Przystępującego 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.

Wobec powyższego, Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nowe dowody złożone przez Przystępującego przy piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r., które nie zostały przedłożone w ramach postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Za bezprzedmiotowe Izba uznała również oświadczenie Przystępującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 9 marca 2020 r., że owe wyjaśnienia są poparte stosowną dokumentacją dowodową, skoro jej w ogóle nie przedstawił przy tym piśmie.

Dodatkowo 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, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Powyższa teza ma szczególne znaczenie w związku z niezakwestionowaniem przez Przystępującego treści samego wezwania Zamawiającego, co oznacza, że był on zobowiązany do kompleksowego udowodnienia braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił przesłanek z przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wydaje się, że kolizja wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu oświadczeń Przystępującego była wynikiem określonej interpretacji przez tego drugiego pojęcia realizacji zamówienia jako dopuszczalnego również poprzez konsultacje i doradztwo, bez podwykonawstwa.

Z powyższych względów z całą pewnością nie można przypisać Przystępującemu winy w zamiarze czy rażącego niedbalstwa.

Natomiast, W przekonaniu Izby - przedmiotowe, podane informacje w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem ten miał pełne informacje odnośnie polegania Przystępującego na zasobie osoby trzeciej, a stosownie do przepisu art.22a ust.4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Inną zatem kwestią pozostającą poza zarzutami odwołania jest sprawa wykazania przez Przystępującego skuteczności przekazania zasobu podmiotu trzeciego i realności udziału tego podmiotu w realizacji 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:.....