

Sygn. akt: KIO 2604/19

WYROK
z dnia 13 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

przy udziale:

DOMINEX Sp. z o. o., ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

oraz

AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice, zgłaszającej przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust. 1 i 3 i art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 90 ust. 3 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, na rzecz Odwołującego - Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Likwidacja 7 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń SA w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK Śląsk*”. Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.08.2019 r. pod numerem 589218-N-2019.

Zamawiający w dniu 18.12.2019 r. przekazał wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska (dalej również jako Odwołujący) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice (dalej jako Akpe). Od tej czynności w dniu 23.12.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

- a) niewykonanie czynności odrzucenia oferty firmy Akpe pomimo, że Zamawiający wcześniej uwzględnił odwołanie Odwołującego w całości, a odwołanie to dotyczyło nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty firmy Akpe z przyczyn wskazanych w pkt 2) i 4),
- b) wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Akpe pomimo, że Zamawiający jest zobligowany do jej odrzucenia z przyczyn wskazanych w ppkt a);

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Akpe wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Akpe, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Akpe na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i dowody nie wykazały, by oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny,

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Akpe,

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Akpe, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5) art. 7 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez kolejne wezwanie firmy Akpe do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Akpe,
- 3) ponownej oceny ofert,
- 4) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający już wcześniej dokonał wyboru oferty firmy Akpe, od której to czynności Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty firmy Akpe. Zamawiający pismem z dnia 05.11.2019 r. uznał odwołanie w całości, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 08.11.2019 r. sygn. akt KIO 2171/19 umorzyła postępowanie odwoławcze. Odwołujący wywodzi, że wobec powyższego, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Żądanie, które Zamawiający uwzględnił obejmowało unieważnienie wyboru oferty firmy Akpe oraz odrzucenie tej oferty. Jeżeli Zamawiający uważał, że powinien wezwać jeszcze raz firmę Akpe do wyjaśnień, to nie powinien uznawać odwołania w zakresie obowiązku odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący podnosi, że skoro Zamawiający uznał zarzut konieczności odrzucenia oferty Akpe za zasadny, to obecnie jest zobowiązany to uczynić i nie mógł już na tym etapie zmienić swojej decyzji. Jeżeli jednak Zamawiający mimo to nadal podejmuje niezgodne z ustawą Pzp czynności mające na celu wybór oferty ww. wykonawcy to zdaniem Odwołującego świadczy to o faworyzowaniu Akpe i próbę wyboru jej oferty wszelkimi sposobami. Odwołujący wskazuje, że takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołuje się na wyrok KIO 2004/19.

Odwołujący podnosi, że zamawiający zgodził się z zarzutami poprzedniego odwołania, gdyż wykazywały, że oferta Akpe winna być przez Zamawiającego odrzucona z następujących przyczyn:

- Zamawiający wezwał Akpe do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny przedstawionej w ofercie. Udzielone przez Akpe wyjaśnienia nie wykazują jednak z jakich konkretnie przyczyn zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreśla, że wykonawca Akpe nie odniósł się do określonych w ustawie Pzp oraz w SIWZ czynników w zakresie:

- 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,
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Dalej Odwołujący wywodzi, że wyjaśnienia i obliczenia Akpe są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, a zatem nie można przyjąć, że Akpe wykazało, że wykona przedmiot zamówienia za cenę, która nie jest rażąco niska. Co więcej należy przyjąć, że Akpe przedstawiła Zamawiającemu ofertę niezgodną z SIWZ - Akpe dokonała bowiem swych obliczeń przyjmując, iż w przedmiarach robót (a zatem w opisie przedmiotu zamówienia) jest błąd i „skorygowała go”, dzięki czemu uzyskała wynik, który odpowiadał zaofertowanej cenie. Odwołujący wskazuje, że wykonawca nie może jednak oferować i wyceniać przedmiotu zamówienia innego niż opisany przez zamawiającego w specyfikacji - w takiej sytuacji dochodzi bowiem do tego, że wykonawcy wyceniają różne przedmioty zamówienia, co z kolei prowadzi do nieporównywalności cen, gdyż odnoszą się one do różnego opisu/zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, że skoro Akpe uważała, że istnieje błąd w opisie przedmiotu zamówienia, to winna była na wcześniejszym etapie postępowania wskazać swą wątpliwość Zamawiającemu, a ten, jeżeli uznałby zasadność tych wątpliwości, powinien błąd skorygować i dokonać zmiany specyfikacji. Odwołujący wskazuje, że należy przyjąć, iż przedmiary są poprawne a co za tym idzie - obowiązujące i to do nich należy odnosić wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny - tylko w takiej sytuacji oferty i ich ceny będą porównywalne.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Akpe przyjęła kalkulacje własne do przedstawienia kosztorysu ofertowego i kosztorysu szczegółowego jednakże w żadnym stopniu nie odniosła się do Katalogów Nakładów Rzeczowych, które były podstawą wyliczenia kwoty wynagrodzenia za poszczególne prace przez zamawiającego i są podane jako podstawa wyliczeń w przedmiarach zawartych w specyfikacji. Odwołujący informuje, że Akpe zastosowała swoje wyliczenia – takie, jakie pasowały, aby kwota końcowa się zgadzała.

Zdaniem Odwołującego KNR są powszechnie znanym i stosowanym zbiorem współczynników dla danej pracy czyli np. 1.5 (współczynnik pracy roboczogodziny) x 14,87 zł (cena roboczogodziny) x Koszty pośrednie 60% x zysk 10% * otrzymujemy cenę jednostkową dla danego zadania w ujęciu robocizny. Wykonawca Akpe jednak zrezygnował z KNR i podał swój współczynnik, który jest podstawą w obliczeniach i zazwyczaj wynosi znacznie mniej. Odwołujący podkreśla, iż ww wykonawca żaden sposób nie przedstawił wyliczenia poszczególnego współczynnika kalkulacji indywidualnej, a całość lakonicznie zakończył ogólnikowym stwierdzeniem, iż bazuje na swoim doświadczeniu. Zdaniem Odwołującego jest to nie do zaakceptowania w świetle przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że Akpe w przedstawionym kosztorysie ujęła niepełne koszty - dzięki zastosowaniu takiego rozwiązania Akpe otrzymała następujące dane jak przykładowo:

1. Zасыpywanie wykopów z przemieszczeniem gruntu (przekruszonym gruzem porzbiórkowym, piaskiem) (m³) – cena jednostkowa – 1,21 zł/m³.

Uwaga Odwołującego – cena rażąco niska.

2. Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadowaniu i wyładowaniu samochodem samowyładowczym na odleg. 1 km (m³) – cena jednostkowa - 4,409 zł/m³.

Uwaga Odwołującego – transport tylko do 1 km – w rejonie 1 km jest jedynie las. Dodatkowo w kosztorysie szczegółowym w pozycji sprzęt pojawia się tylko samochód ciężarowy – brak koparki do załadunku.

3. Transport i utylizacja papy – cena jednostkowa 250,00 zł/t.

Uwaga Odwołującego – Cena rażąco niska. Utylizacja papy rozpoczyna się od 450,00 zł. Dodatkowo w kosztorysie szczegółowym w pozycji materiał pojawia się tylko utylizacja papy – brak samochodu do transportu.

4. Rozebranie murów na zaprawie cementowo – wapiennej – cena jednostkowa 9,018 zł/m³.

Uwaga Odwołującego – cena rażąco niska.

Dalej Odwołujący podnosi, że w zestawieniu tabelarycznym Akpe wskazuje, iż nadmiar gruzu do zasypiania wynosi -193,03 m³, jednakże w kosztorysie nie jest załączona pozycja taka jak zakup i dostawa lub tylko dostawa gruzu w ilości 193,03 m³ - zatem można przyjąć, że Akpe nie wykona zasypu niecki po fundamentach w całości, ponieważ w jego kosztach nie został ujęty wskazany ujemny nadmiar gruzu.

W kosztorysie brakuje dodatkowo n/w pozycji niezbędnych do realizacji zadania:

Koszty Transporty sprzętu (zgodnie z kosztorysem szczegółowym):

Koparka wyburzeniowa 28 ton z osprzętem 50 km x 100 zł = 5000zł netto;

Kruszarka szczękowa na podwoziu gąsienicowym 50 km x 100 zł = 5000 zł netto;
Ładowarka kołowa o poj. łyżki 3,5m³ 50km x 100 zł = 5000 zł netto;
Spycharka gąsienicowa 55KW 50km x 100 zł = 5000 zł netto;
Razem = 20 000,00zł netto.

Zaplecze budowy

Kontener socjalny 500 zł/m-c x 2 miesiące = 1 000,00 zł/netto;
Kontener biurowy 500 zł/m-c x 2 miesiące = 1 000,00 zł/netto;
WC 300,00 zł/m-c x 2 miesiące = 600,00 zł netto;
Razem = 2 600,00 zł netto.

Zabezpieczenie budowy w sprzęt ppoż. - w postaci 2 gaśnic, 2 koców, 1 hydrantka = koszt około 1000,00 zł netto.

Zabezpieczenie budowy w energię elektryczną = agregat prądotwórczy wraz z paliwem = 2 000,00 zł/netto.

Zatrudnienie kierownika rozbiórki - robocizna ujęta w kosztorysie obejmuje pracowników fizycznych, natomiast w kosztach nie został w żaden sposób ujęty Kierownik rozbiórki, który zgodnie z pkt 5.3 SIWZ został wskazany przez Zamawiającego.

Średni koszt kierownika rozbiórki to około 5000 zł /miesiąc x 2 miesiące = 10 000,00 zł netto.

Razem kosztów nie ujętych w kosztorysie = 35 600,00zł netto, 43 788,00zł brutto.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w projekcie umowy dołączonym do SIWZ w pkt 19 ppkt 3 określił, że „Zamawiający zastrzega sobie ograniczenie zakresu rzeczowego lub/i finansowego w przypadku zmian techniczno organizacyjnych w jednostkach zamawiającego skutkujących tym, że świadczenie objęte umową nie może być w całości zrealizowane. W takim przypadku wykonawcy nie przysługuje w stosunku do zamawiającego żadne roszczenie związane z w/w ograniczeniem zakresu rzeczowo - finansowym”. Odwołujący podnosi, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał podania elementów kalkulacyjnych dla każdego z siedmiu obiektów osobno. Z podanych przez Akpe w wyjaśnieniach z dnia 30.09.2019r. wartości (Tabela elementów scalonych) wynika, że Akpe jest w stanie wykonać obiekty:

Boksy na materiał zasypki za kwotę 2 211,64 zł brutto;

Wiata na odpady za kwotę 1045,60 zł brutto;

Stacja przesypowa za kwotę 8995,85 zł brutto.

Rozbiórka takich obiektów za podaną cenę jest niemożliwa - skoro sprzęt wg kosztorysu szczegółowego, a w zasadzie sam jego transport dla każdego zadania, które zgodnie z wyżej cytowanym zapisem SIWZ - może być wykonane jako zadanie pojedyncze wynosi około 24.600,00 zł brutto. Zdaniem Odwołującego, już sam transport sprzętu przewyższa wynagrodzenie, jakie podała Akpe za rozbiórkę ww. poszczególnych obiektów.

Dalej Odwołujący wywodzi, iż kolejna nieprawidłowość i niezgodność z przepisami ustawy Pzp to zasadnicze zmiany danych podawanych w kolejnych wyjaśnieniach przedkładanych Zamawiającemu - jeśli porównać wartości wynagrodzenia podane przez Akpe w podsumowaniu obu kosztorysów (tj. tego przedstawionego w piśmie z dnia 12.09.2019 r. i tego z dnia 30.09.2019 r.) to widać, że mimo, iż zakres przedmiotu zamówienia nie zmienił się, Akpe podaje znacząco różne wartości w kosztorysie, przykładowo:

Kosztorys	12.09.2019	30.09.2019
Sprzęt:	51 961,06	154 797,02
Materiały:	34 339,42	16 072,50

Odwołujący zaznacza, że jednocześnie Akpe w żaden sposób nie wyjaśnia, jakie okoliczności wpłynęły na to, że raz wyceniła sprzęt na 51 961,05 przy droższej ofercie, a raz na 154.797,02 (czyli 3 razy drożej) przy niższej ofercie. Zatem wyjaśnienia Akpe należy uznać za niewiarygodne i nie mogące stanowić podstawy do uznania, że Akpe udowodniła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wywodzi, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny przez Akpe jest niekonkretne, niepełne, nierzetelne i nie spełnia określonego w przepisie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wymogu wykazania i przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, zwłaszcza w sytuacji, gdy zaoferowana cena jest w tak dużej dysproporcji do szacunkowej wartości zamówienia.

Uzasadniając zarzut z pkt 5 Odwołujący podnosi:

W wyroku z 13.10.2014 r., (sygn. akt KIO 2025/14) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *„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”*. Odwołujący podnosi, że ponowne wezwanie wykonawcy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,

powinno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty albo wykonawcę, który składa sprzeczne wyjaśnienia. Ocena dodatkowych wyjaśnień musi odbyć się łącznie z uprzednio udzielonymi. Dodatkowe wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany uprzednio złożonych wyjaśnień, ale jedynie do ich uzupełnienia i uszczegółowienia. Zamawiający nie może przejmować za wykonawcę inicjatywy w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie zgłosił przystąpienie wykonawca DOMINEX Sp. z o. o., ul. Metalowców 3c, 41-600 Świętochłowice, natomiast po stronie Zamawiającego – wykonawca AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izbą strony postępowania podtrzymały dotychczasowe stanowiska, Przystępujący Akpe wnosil o oddalenie odwołania, zaś Przystępujący Dominex popierał stanowisko Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak

również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w dniu 10.09.2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do wyjaśnień Przystępującego Akpe, wskazując, że zaoferowana cena budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, bowiem była niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przystępujący Akpe złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 12.09.2019 r., wskazując że cena jest realna, niewiele niższa od kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia, nie jest ceną najniższą i nie została wyliczona z pominięciem ryzyka związanego z wykonywaniem zamówienia oraz uwzględnia wszelkie wymogi SIWZ, prawa oraz zasad sztuki budowlanej. Wskazał również, iż uwzględnił koszty pracy przyjmując stawkę 14,84 zł za godzinę, dysponuje własnym sprzętem, minimalizuje koszty utylizacji gruzu, poddając go recyklingowi na własnej bazie. Do wyjaśnień załączył kosztorys.

W dniu 25.09.2019 r., po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego Akpe do wyjaśnień w zakresie ceny oferty, wskazując że jest o więcej niż 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz od wartości zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny odrębnie dla każdego obiektu, a także, że wykonawca jest obowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie, dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjętą do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Przystępujący Akpe złożył wyjaśnienia w dniu 30.09.2019 r., wskazując m.in., że znalazł błąd w przedmiarach robót dotyczący zakresu robót, że zoptymalizował koszty w zakresie utylizacji

i transportu gruzu, że w przeciwieństwie do przedmiarów Zamawiającego, gdzie przyjęto stawkę za roboczogodzinę rozbiórki ręcznej przyjął rozbiórkę mechaniczną, którą wycenił w oparciu o własne kalkulacje. W zakresie kosztów pracy wyjaśnił, że przyjął stawkę 14,84 zł za roboczogodzinę, co jest stawką wyższą niż ustawowo minimalna. Wskazał, że cena uwzględnia pokrycie kosztów wynikających z ubezpieczeń społecznych, nie została wyliczona z pominięciem ryzyka, uwzględnia wszystkie wymogi SIWZ, prawa i zasad sztuki budowlanej, wynika z samowystarczalności wykonawcy i uwzględnia to, że ewentualny nadmiar przekruszonego gruzu jest sprzedawalny, a nie podlega utylizacji. Do wyjaśnień załączył zestawienie objętości elementów żelbetowych betonowych, ceglanych i zasypek oraz kosztorys na wykonanie zadania.

W dniu 23.10.2019 r. Zamawiający wybrał ofertę Akpe jako najkorzystniejszą.

W dniu 28.10.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie od ww. czynności Zamawiającego. Sprawie z rzeczowego odwołania nadano sygnaturę KIO 2171/19.

Odwołujący wówczas zarzucił naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1-3 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł, że Akpe nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska, wskazał, że część elementów kosztorysu (tożsame jak w obecnie rozpatrywanym odwołaniu) zawiera nieralne ceny. Wskazał, że oferta Akpe jest niezgodna z SIWZ. Zażądał odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2171/19 przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Akpe.

Zamawiający 5.11.2019 r. oświadczył o uwzględnieniu odwołania w całości. Wobec tego i braku sprzeciwu ze strony wykonawcy Akpe, Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 8.11.2019 r. umorzyła postępowanie w sprawie KIO 2171/19.

Następnie Zamawiający w dniu 20.11.2019 r. wezwał Przystępującego Akpe do złożenia dodatkowych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał na konieczność wyjaśnienia ceny elementów wskazanych w odwołaniu w sprawie KIO 2171/19 oraz złożenie dowodów.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w piśmie z dnia 21.11.2019 r.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie było zasadne i podlegało uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że znalazły potwierdzenie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp jak również art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp było uwzględnienie w całości odwołania w sprawie KIO 2171/19, w którym podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny i zażądano odrzucenia oferty Przystępującego Akpe, a następnie ponowne wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów – w zakresie, który był wskazany w odwołaniu i następnie wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba może umorzyć postępowanie i w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie w sprawie KIO 2171/19 to zobowiązany był wypełnić podstawowe żądanie odwołania i odrzucić ofertę Przystępującego Akpe (który również w owym postępowaniu zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego). Natomiast, skoro Zamawiający postanowił jedynie unieważnić wybór oferty Akpe jako najkorzystniejszej i wezwać tego wykonawcę po raz kolejny do wyjaśnień, to powinien był uwzględnić odwołanie jedynie w części. Z kolei Przystępujący Akpe zaś, jeżeli dalej chciał brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, winien był w postępowaniu KIO 2171/19 wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania. Postępowanie Zamawiającego po umorzeniu postępowania KIO 2171/19 niesie za sobą liczne, niedopuszczalne skutki. Po pierwsze – następuje zbędne wydłużenie postępowania, czego negatywne skutki ponoszą pozostali wykonawcy, zainteresowani dalszym udziałem w postępowaniu – ponoszą bowiem chociażby koszty utrzymania zabezpieczenia oferty. Po drugie – następuje uprzywilejowanie pozycji Przystępującego Akpe, który uzyskał dodatkowy czas na zgromadzenie dowodów i przygotowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny – gdyby nie pozorne uwzględnienie odwołania, musiałby dokonać tego na rozprawie przed Izbą w postępowaniu KIO 2171/19. W konsekwencji, mając na uwadze specyfikę ciężaru dowodu, który w postępowaniu dotyczącym rażąco niskiej spoczywa na „oskarżanym” wykonawcy, w zasadzie brak jest możliwości rozpoznania sprawy z zachowaniem zasady równości stron. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że w tak ukształtowanym stanie faktycznym samo naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp mogło stanowić podstawę uwzględnienia odwołania – niewątpliwie bowiem miało wpływ na wynik postępowania, skoro w jego konsekwencji oferta wykonawcy Akpe pozostała w postępowaniu, sam zaś wykonawca uzyskał nieprzewidziane prawnie możliwości obrony swojej oferty.

Jednakże, niezależnie od powyższego uwzględnieniu podlegał również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 i art. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją 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. Powołany przepis odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – który 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 (...). W ustępie 2 przedmiotowego artykułu, ustawa określa, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W tym miejscu należy zauważyć, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty skonstruowaną odmiennie niż w art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, który stanowi o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę. Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska. Przepis ten natomiast zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień – bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości w zakresie realności ceny i wezwał do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), a wykonawca nie udzieliłby wyjaśnień, Zamawiający nie mógłby jednoznacznie stwierdzić, że cena zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) – stałoby to w sprzeczności z wcześniej wyrażonymi „wątpliwościami” wskazanymi w ww. wezwaniu. Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18). Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Akpe prowadzi do wniosku, iż w niniejszej sprawie zachodzi powyżej opisana sytuacja braku należytej staranności po stronie Akpe.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 25.09.2019 r. dwukrotnie zaznaczył, że Przystępujący Akpe powinien złożyć dowody na potwierdzenie swoich wyjaśnień – w akapicie drugim – *„Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów...”* oraz w akapicie czwartym – *„Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy...”* – przy czym słowa „wykazać i udowodnić” zostały przez Zamawiającego pogrubione. Przystępujący Akpe zatem wprost został wezwany do złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów. Pomimo to, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 30.09.2019 r. nie zostały poparte żadnymi dowodami. Jako dowód nie mogą być potraktowane zestawienie objętości elementów oraz kosztorys – w szczególności, że Zamawiający wprost wyróżnił w wezwaniu, że *„wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny”* – a zatem jest to element odrębny od dowodów. Już chociażby okoliczność braku złożenia dowodów świadczy o braku dochowaniu należytej staranności w wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny i powinna skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego Akpe na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Z taką oceną zresztą zgodził Zamawiający, uwzględniając w całości odwołanie w sprawie KIO 2171/19.

Dalej, należy uznać, że wyjaśnienia złożone przez Akpe cechują się bardzo wysokim stopniem ogólności i nie sposób uznać, by pozwalały na przyjęcie, że wykonawca wykazał w jaki sposób mógł zaoferować cenę o 30% niższą od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zwłaszcza co do wątpliwości w przedmiocie kosztów pracy, na które Zamawiający w wezwaniu zwrócił szczególną uwagę - nie zostało w żaden sposób wykazane, że przyjęte koszty pracy są realne. Przystępujący Akpe poprzestał na stwierdzeniu, że przyjął stawkę godzinową 14.84 zł, czyli więcej, niż wynosi stawka minimalna. Odwołujący nie poparł powyższego stwierdzenia żadnymi dowodami ani nawet kalkulacjami, pozwalającymi na stwierdzenie uwzględnienia wszystkich elementów wynagrodzenia, jak również kosztów ew. zastępstw itp. Przystępujący Akpe złożone wyjaśnienia w znacznej mierze oparł nie o realność ceny swojej oferty, a o podważanie założeń Zamawiającego oraz zawyżenia cen i braku analizy przedmiarów robót po stronie pozostałych oferentów, jak również wskazując niezgłoszone uprzednio błędy w przedmiarach przyjętych przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że oferta Przystępującego Akpe powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wobec braku wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tym samym, zaniechanie odrzucenia oferty przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia i jako takie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Izba nie odniosła się do kwestii wykazania realności wyceny poszczególnych elementów ceny wskazanych w odwołaniu, z uwagi na powstałą sytuację procesową. Odwołujący bowiem wskazywał na te same elementy już w odwołaniu z dnia 28.10.2019 r., w sprawie KIO 2171/19 – i to wówczas Przystępujący powinien był odnieść się do nich, przedstawiając stosowne dowody. Ocenianie rzeczonych aspektów oferty Akpe w niniejszej sprawie obecnie nie może zachodzić z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy z dnia 22.11.2019 r. i złożonych wówczas dowodów, bowiem samo wezwanie do tych wyjaśnień było nieuprawnione i stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – mając zarówno na uwadze ww. wskazane naruszenie art. 186 ust. 2 jak i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Również dowody złożone na rozprawie w niniejszej sprawie nie mogą wpłynąć na ocenę wyjaśnień z dnia 30.09.2019 r. – dowody te powinny były być złożone w sprawie KIO 2171/19 – co nie mogło mieć miejsca ze względu na nieuprawnione działanie Zamawiającego, polegające na pozornym uwzględnieniu odwołania w całości i brak zgłoszenia sprzeciwu przez Przystępującego Akpe. W ocenie Izby wywołane działaniem Zamawiającego ww. zachwianie równości stron skutkuje koniecznością pominięcia dowodów złożonych w tym zakresie. Pozostaje to jednakże bez wpływu na wynik postępowania, wobec uwzględnienia odwołania z uwagi na ww. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do wyjaśnień Akpe z dnia 30.09.2019 r.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty Akpe pomimo, iż była ona niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący okoliczność tę wywodził z treści wyjaśnień Przystępującego Akpe z dnia 30.09.2019 r., w których wskazał, że w czasie analizy SIWZ przed aukcją w przedmiarach udostępnionych przez Zamawiającego dostrzegł błąd, który skorygował, co skutkowało możliwością przyjęcia korzystniejszej ceny.

W ocenie Izby zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie. Przedstawiony stan faktyczny nie budzi wątpliwości – Przystępujący Akpe wprost wskazał, że po wnikliwej analizie SIWZ przed aukcją elektroniczną dostrzegł błąd, który skorygował, co pozwoliło na przyjęcie mniejszej ilości robót do wykonania. Jednocześnie, pkt 1 1. Załącznika nr 2 do SIWZ - „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi” w akapicie drugim wprost określa, że „Szczegółowy zakres robót określają przedmiary stanowiące załącznik do niniejszej SIWZ”. W tej sytuacji, Przystępujący Akpe, chcąc zakwestionować prawidłowość przedmiarów – a zatem i przyjętego zakresu robót winien to zrobić na etapie postępowania przed złożeniem ofert, poprzez skierowanie pytania

do SIWZ w trybie art. 38 ustawy Pzp. Dokonanie samowolnego „poprawienia” przedmiarów doprowadza, jak zasadnie podniósł Odwołujący, do braku porównywalności ofert – bowiem pozostali wykonawcy kalkulowali oferty w oparciu o niezmienione przedmiary stanowiące załącznik do SIWZ. Co więcej, należy zauważyć, że owa zmiana sposobu kalkulacji nastąpiła już po złożeniu pierwotnej oferty przez Przystępującego, dopiero przed aukcją elektroniczną – co oznacza, że de facto złożył on dwie oferty dotyczące różnych zakresów robót, co pozostaje w sprzeczności z zasadą niezmienności ofert wyrażoną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak również z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie powinno być brane pod uwagę przy ocenie zgodności oferty z SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechawszy odrzucenia oferty Przystępującego Akpe, który sporządził ofertę w oparciu o samodzielnie ustalony zakres robót, wbrew postanowieniom SIWZ.

Jednocześnie, mając na uwadze wskazane powyżej naruszenia art. 186 ust. 2, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wybór oferty Przystępującego Akpe, poprzedzony naruszeniami ww. przepisów stanowił naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: