

Sygn. akt: KIO 776/21

WYROK
z dnia 10 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2021 r. przez wykonawcę **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Transportu Samochodowego z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ERBUD Operations Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **Eurobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu w pkt 2, 3 i 4, które dotyczyły naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 7b Pzp.**
2. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Instytutowi Transportu Samochodowego z siedzibą w Warszawie:**
 - a) **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - b) **unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oferty wykonawcy PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
 - c) **dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Transportu Samochodowego z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2 zasądza od zamawiającego **Instytutu Transportu Samochodowego z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **13 600 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut Transportu Samochodowego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „ITS”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych dotyczących termomodernizacji budynków Instytutu Transportu Samochodowego” (Numer sprawy: SZ-222/73/2020). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 600129-N-2020 w dniu 21 października 2020 r.

W dniu 10 marca 2021 r. wykonawca PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca PRK 7”) wniósł odwołanie wobec czynności niezgodnych z przepisami ustawy podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, tj.:
 - a) ustaleniu w sposób dowolny, iż Odwołujący złożył w toku postępowania dwie oferty o różnych cenach;
 - b) dokonaniu błędnej oceny złożonych wyjaśnień i przypisaniu Odwołującemu woli zmiany ceny złożonej oferty tudzież złożenia drugiej oferty;
2. art. 85 ust 4 Pzp, przez błędną jego interpretację polegającą na niezasadnym uznaniu, że w przypadku złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu przedłużonego (lub nowego) wadium nawet wtedy, gdy wadium to nie wygasa w terminie, w którym upływa termin związania ofertą i, na skutek jego przedłużenia przed upływem ważności, pozostaje nieprzerwanie ważne w okresie nie krótszym niż termin związania ofertą;
3. art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp, przez niezasadne uznanie, że zmaterializowały się podstawy do zastosowania tego przepisu, gdy tymczasem Odwołujący wniósł wadium oraz uczynił to w sposób prawidłowy oraz w konsekwencji;
4. art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego była zgodna z Pzp;
5. art. 91 ust 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Eurobudowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Eurobudowa”), mimo iż oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) ponowienia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu wykonawca PRK 7 podniósł, że:

1) Zarzut dotyczący złożenia przez Odwołującego dwóch ofert w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że złożył w postępowaniu tylko jedną ofertę zawierającą jedną cenę ryczałtową, na jednym formularzu ofertowym a przepisy Pzp nie przewidują możliwości zmiany zaoferowanej ceny mocą dodatkowego oświadczenia wykonawcy (nawet gdyby było ono wyraźne) złożonego w toku wyjaśnień oferty, w tym wyjaśnień składanych w toku badania rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego wątpliwości wskazane w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia jego oferty powinny podlegać ocenie z punktu widzenia badania rażąco niskiej ceny i ewentualnych skutków wykonania tej czynności. Zarówno bowiem przywołany przez Zamawiającego przepis SIWZ - Rozdział X ust. 7 („Cena podana przez Wykonawcę w ofercie jest ostateczna i nie może podlegać podwyższeniu w toku realizacji zamówienia”) jak i art. 82 ust 1 Pzp („Wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie”) nie mają zastosowania do „ustalonego” przez Zamawiającego stanu faktycznego w którym złożone wyjaśnienia zakładają cenę przewyższającą cenę wskazaną w ofercie o 79329.43 zł. Zdaniem Odwołującego okoliczność niezgodności oferty z treścią wskazanego punktu SIWZ odnoszącego się tylko do niezmienności ceny na etapie realizacji zamówienia jako podstawy do odrzucenia oferty z tytułu ziszczenia się okoliczności wskazanej w art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz przywołania ogólnej zasady dotyczącej złożenia przez wykonawcę jednej oferty jako podstawy do odrzucenia ustawy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp nie znajdują zastosowania. Już ta okoliczność winna przesądzać o uwzględnieniu niniejszego zarzutu.

Odwołujący zauważał, że jako ofertę rozumie się oświadczenie woli skierowane do drugiej strony (Zamawiającego) jako propozycja zawarcia umowy. Oferta jest pojęciem ustawowym, zdefiniowanym w Kodeksie cywilnym. Dlatego też należy ją interpretować zgodnie z postanowieniami Kodeksu cywilnego. Jest to więc jednostronne oświadczenie woli wykonawcy co do przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, że w tym postępowaniu Odwołujący złożył Zamawiającemu tylko jedną ofertę. Jego zdaniem Zamawiający nie miał zatem żadnych racjonalnych podstaw do tego by uznać, że Odwołujący w wyniku przeprowadzanej procedury wyjaśniającej dopuścił się złożenia nowej - drugiej oferty w postępowaniu. Następnie wskazywał, że liczba złożonych ofert w danych postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa się na etapie otwarcia ofert. Dla złożenia dwóch ofert co do zasady należałoby oczekiwać złożenia dwóch formularzy cenowych i dalszych wymaganych dokumentów, co nie miało miejsca w rozpoznawanej sprawie. Dopiero w takiej sytuacji można byłoby uznać, że Odwołujący złożył dwie oferty w jednym postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że powstałej rozbieżności cenowej nie można zatem oceniać w kategoriach złożenia dwóch ofert. W tym względzie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za całkowicie bezpodstawną i nieuprawnioną.

Kolejno wykonawca PRK 7 odniósł się natomiast do różnicy cenowej między złożoną kalkulacją a ceną oferty wskazując, iż nawet przy założeniu zawyżonych o tą kwotę kosztów wykonania zamówienia przez Odwołującego (pozostałe kolumny rezerwa, marża-zysk nie budzą wątpliwości w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z kalkulacjami o niezmienionych, w tych kolumnach, wartościach) to jest to kwota marginalna (jest to około 0,6 % procenta ceny Odwołującego) w stosunku do całości zamówienia, w szczególności nie konsumuje wskazanych wartości ujętych w pozycjach marża-zysk oraz rezerwa. Podkreślić należy, iż sposób rozliczeń stron ma charakter ryczałtowy. Tym samym nawet przy ocenie braku ujęcia ww. kosztów w złożonych wyjaśnieniach (tudzież zawyżenia kosztów w stosunku do ceny ofertowej) to cena nie mogła być uznana za rażąco niską.

Odwołujący podkreślał przy tym, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający skierował do Odwołującego ponowne wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Obowiązująca na gruncie Pzp zasada jednokrotności wezwania do wyjaśnień w przypadku badania rażąco niskiej ceny nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne wątpliwości zrodzą się w związku z udzielonymi wyjaśnieniami (a więc gdy wątpliwość ta ma charakter wtórny, a nie pierwotny). Zdaniem Odwołującego z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia. Bez znaczenia przy tym jest podnoszony przez Zamawiającego brak podstaw do zastosowania procedury usuwania omyłek. Odwołujący ponownie podkreślał, że wadliwość działań Zamawiającego nie polega na nieusunięciu omyłki, lecz zaniechaniu (ewentualnym, tj. uzależnionym od istnienia dalszych wątpliwości) wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień).

Odwołujący analizując treść informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wskazywał, iż Zamawiający nie do końca zrozumiał treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Rzekoma różnica wynika bowiem z przyjętej metodologii i definicji poszczególnych pojęć przyjętych przez Odwołującego. Zwracał uwagę, iż Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie określił sposobu tworzenia kalkulacji, w szczególności sposobu jej rozbicia na poszczególne elementy. Zgodnie ze złożonymi w dniu 4 lutego 2021 r. wyjaśnieniami pod pojęciem „koszt” w pierwotnym zestawieniu zawierały się wszystkie koszty związane z wykonaniem danej pozycji „tj. koszty materiału, ewentualnych podwykonawców, koszty nadzoru, energii itp. czyli całkowity koszt bez zysku”. Do wyjaśnień tych zostało załączone rozbicie ceny ofertowej Odwołującego stanowiące inne ujęcie tej samej pierwotnej kalkulacji (bez dokonywania zmian cenowych i załączania jakichkolwiek nowych dowodów) w którym pozycja koszt została ograniczona wyłącznie do cen materiałów i kosztów podwykonawców co wyraźnie wynika z treści tej kolumny. Zamawiający prawidłowo zatem ocenił iż w pierwotnym zestawieniu koszty ogólne zostały dwukrotnie ujęte w kolumnie „koszt” i „koszty ogólne”. Zamawiający nie uwzględnił jednakże również części kosztów rezerwy, które ze względu na przyjętą metodologię również zostały pierwotnie ujęte także w pozycji koszt.

2) Zarzut dotyczący braku jednoczesności przedłużenia wadium.

Odwołujący stwierdził, że istotą zarzutu Zamawiającego skutkującego koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego była konstatacja iż zgodnie z literalnym brzmieniem art. 85 ust 4 Pzp Odwołujący powinien był przedłużając termin związania ofertą jednocześnie przedłużyć ważność

wadium na (cały) przedłużony okres związania ofertą, czego Odwołujący nie uczynił. Tymczasem istota ww. przepisu sprowadza się do tego, ażeby umożliwić Zamawiającemu dokonanie zatrzymania wadium przez cały przedłużony okres związania ofertą. Norma ta zatem chroni przed sytuacjami, w których wykonawca składa oświadczenie o przedłużonym terminie związania ofertą, nie daje jednak możliwości zaspokojenia się z wadium.

Zdaniem Odwołującego interes Zamawiającego chroniony powyższym przepisem uległ by uszczerbkowi wyłącznie w przypadku przerwania ochrony wadium, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca. Wykonawca złożył stosowne oświadczenie o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą i o wyrażeniu zgody na przedłużenie ważności wadium. W dniu upływu pierwotnego terminu związania ofertą wadium było ważne i pozostało ważne do upływu terminu wyznaczonego wezwaniem Zamawiającego a ochrona wadium nie uległa przerwaniu - w każdym momencie Zamawiający był uprawniony, przy zajściu przesłanek ustawowych, do zatrzymania wadium.

Obowiązek dochowania „jednoczesności”, o której mowa w art. 85 ust 4 Pzp chroni zatem przed sytuacjami, w których wykonawca przedłuży termin związania ofertą, a brak przedłużenia ważności powoduje jego wygaśnięcie, nie oznacza to jednak konieczności dokonywania tych czynności w tym samym momencie jeśli wadium obejmuje dłuższy okres niż termin związania ofertą.

Zdaniem Odwołującego analiza okoliczności postępowania dowodzi, że powyższe umknęło Zamawiającemu. Wyłożył on bowiem normę, o której mowa w art. 85 ust. 4 Pzp w sposób oderwany od jej celu i funkcji, zupełnie pomijając, że zostały one osiągnięte. Zamawiający stanowisko swoje oparł na sformułowaniu „jednocześnie”, które znajduje się w art. 85 ust. 4 Pzp. Taka interpretacja stanowi wyraz nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu, który pozostaje irrelevantny z punktu widzenia celów, jakie przyświecają instytucjom związania ofertą oraz wadium. Realizacja tych celów - która w najkrótszym ujęciu sprowadza się do egzekwowania uprawnień Zamawiającego, o których jest mowa w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp w okresie związania ofertą - będzie możliwa wtedy, gdy przez okres ten oferta pozostanie nieprzerwanie zabezpieczona wadium. To z kolei będzie bezsprzecznie możliwe, gdy wykonawca przedłuży wadium (lub wniesie nowe) przed upływem ważności wadium znajdującego się we władaniu Zamawiającego. W opinii wykonawcy PRK 7 właśnie w taki sposób należy wyklądać „jednoczesność”, o której mowa w art. 85 ust. 4 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że skoro, zarówno w okresie podstawowym, jak i dodatkowym, pozostawał związany ofertą (okoliczność bezsporna) i jednocześnie oferta Odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium, to brak jest możliwości do stwierdzenia podstaw skutkujących odrzuceniem jego oferty. Izba dopuszcza bowiem sytuację, która występuje w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy, tj. że wadium (pierwotne) złożone w postępowaniu obejmuje okres dłuższy niż pierwotnie ustalony termin związania ofertą, a wykonawca przedłużający termin związania ofertą, informując jednocześnie Zamawiającego o takim zamiarze, przedłuży wadium (dodatkowe) na dodatkowy okres, dopiero w chwili, kiedy wadium (pierwotne) przestaje zabezpieczać ofertę bez żadnej przerwy.

Kolejno Odwołujący podniósł, że jako podstawa prawna odrzucenia jego oferty wskazany został art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp a Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, które zdarzenie miało, w jego opinii, miejsce w postępowaniu, tj. czy wadium nie zostało wniesione czy też

zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Odwołujący przyjął, że Zamawiający utożsamia ją z omówionym już powyżej brakiem jednoczesnego złożenia oświadczenia o przedłużeniu ważności oferty oraz przedłużenia wadium. W ten sposób, ignorując fakt, że okoliczność ta nie stanowi o nieprawidłowości (pozostaje bowiem irrelevantna z punktu widzenia ochrony wadialnej), zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał rozszerzającej wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez zastosowanie tego przepisu do sytuacji niewymienionej w jego treści.

W toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty dotyczące jednoczesności przedłożenia wadium wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą. W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. Eurobudowa oraz ERBUD Operations Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce (dalej: „ERBUD”) nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów z pkt 2, 3 i 4 odwołania, które dotyczyły naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 7b Pzp.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Izba w rozpoznawanej sprawie ustaliła następujące okoliczności faktyczne.

W SIWZ w rozdziale X w ust. 7 Zamawiający wskazał, że „Cena podana przez Wykonawcę w ofercie jest ostateczna i nie może podlegać podwyższeniu w toku realizacji zamówienia”.

W formularzu ofertowym w części „B. ŁĄCZNA CENA OFERTOWA I OFEROWANY PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA:” Odwołujący podał m. in.: „Oferuję realizację przedmiotu zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych dotyczących termomodernizacji budynków Instytutu Transportu Samochodowego” (nr sprawy: SZ222/73/2020), zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy, które stanowią załączniki do SIWZ, za ŁĄCZNĄ CENĘ OFERTOWĄ*:

ŁĄCZNA CENA OFERTOWA NETTO [PLN] - 13 445 497,21

ŁĄCZNA CENA OFERTOWA BRUTTO [PLN] - 16 537 961,56”

Pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści wezwania Zamawiający nie sprecyzował

żądania względem przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny a podał jedynie, że zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30% o wartości zamówienia powiększonej o należny podatek.

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 22 stycznia 2021 r. przekazany Zamawiającemu zawarł stosowne wyjaśnienia. Wraz z pismem w formie załącznika została przekazana Zamawiającemu kalkulacja ceny o nazwie „Rozbicie ceny ofertowej”, w której ujęto m. in. następujące kolumny „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „rezerwa [PLN]”, „Marża-Zysk [PLN]”, „Wartość oferty netto [PLN]”, „Wartość ofert brutto [PLN]”. Na końcu ww. rozbitcia w wierszu „Suma” podano w kolumnach: „Wartość oferty netto [PLN]”, „Wartość ofert brutto [PLN]” podano kwoty podane przez Odwołującego w formularzu ofertowym.

Pismem z dnia 3 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, wykonawcę PRK 7 do uszczegółowienia wyjaśnień ceny z dnia 22 stycznia 2021 r. przez:

„2) wyjaśnienie dlaczego wartości podane w poszczególnych wierszach rozbitcia cenowego w kolumnach „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „Rezerwa [PLN]” „Marża — Zysk [PLN]” nie sumują się do wartości wskazanej w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie w piśmie z dnia 4 lutego 2021 r. wykonawca PRK 7 złożył wyjaśnienia do których w formie załącznika nr 1 załączył ponownie kalkulację ceny o nazwie „Rozbicie ceny ofertowej” zaznaczając, że przedstawione ujęcie uwzględnia pytanie zadane przez Zamawiającego. W piśmie podano również, że: „Podkreślamy że załącznik nr 1 do tego pisma nie zmienia wcześniej przedstawionych cen jedynie prezentuje je zgodnie z Państwa oczekiwaniami”. Izba ustaliła, że w owym załączniku kolumna „Koszt [PLN]” zawarta w załączniku pierwotnym została zastąpiona kolumną „Koszt (materiałów, podwykonawców) [PLN]”. Na końcu ww. rozbitcia w wierszu „Suma” podano w kolumnach: „Wartość oferty netto [PLN]”, „Wartość ofert brutto [PLN]” podano kwoty podane przez Odwołującego w formularzu ofertowym.

W „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej” z dnia 5 marca 2021 r. Zamawiający podał m. in., że: „11. Zamawiający odrzuca na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1) i 2) oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 85 ust 4 i art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ofertę Wykonawcy PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o.

1) Oferta jest niezgodna z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp oraz rozdziałem X ust. 7 SIWZ. Wykonawca w toku postępowania przedstawił 2 różne ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wykonawca określił w ofercie cenę za wykonanie zamówienia w wysokości zł 13 445 497,21 złotych netto, co łącznie z podatkiem Vat dało kwotę 16 537 961,56 zł brutto.

W związku z faktem, iż cena złożonej oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 15 stycznia 2021 r. do wyjaśnień ceny złożonej oferty.

W wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2021 r. (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) Wykonawca przedstawił rozbitcie cenowe oferty. Każdemu elementowi cenotwórczemu wskazanemu w tabeli Wykonawca przypisał rozbitcie cenowe na następujące kolumny „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne

[PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża - zysk [PLN]”, „Wartość ofert netto [PLN]”, „Podatek VAT”, „Wartość oferty brutto [PLN]”

Ze względu na fakt, że suma poszczególnych pozycji (elementów cenotwórczych) w kolumnach „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża — Zysk [PLN]” była wyższa od wartości sumy poszczególnych pozycji w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]” i jednocześnie wyższa od łącznej ceny ofertowej brutto pomniejszonej o należny podatek VAT, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uszczegółowienia wyjaśnień prosząc o informację dlaczego wartości w kolumnach „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża — Zysk [PLN]” nie sumują się do wartości wskazanej w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]”.

W uszczegółowieniu wyjaśnień z dnia 5 lutego 2021 r. Wykonawca wskazał, iż kolumna „Koszt [PLN]” zawiera „całkowity koszt bez zysku”, z czego wynika, iż kwoty wskazane w kolumnie „Koszty ogólne [PLN]” mieszczą się w kwotach w kolumnie „Koszt [PLN]” Zamawiający przeanalizował rozbięcie cenowe oferty (z dnia 22 stycznia) zgodnie z uszczegółowieniem wyjaśnień Wykonawcy i zsumował poszczególne pozycje cenotwórcze w kolumnach „Koszt [PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża — Zysk [PLN]”, Uzyskana suma była o 79 329,43 złote wyższa, niż suma w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]” i zarazem łączna cena ofertowa netto wskazana przez Wykonawcę w ofercie.

Na marginesie należy stwierdzić, iż w uszczegółowieniu wyjaśnień z dnia 5 lutego Wykonawca przedstawił, niewymagane przez Zamawiającego, zmienione rozbięcie cenowe oferty, dopasowane kwotami w ten sposób, by kolumny „Koszt (materiałów, podwykonawców) [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża — Zysk [PLN]”, sumowały się do kolumny „Wartość oferty netto [PLN]” Jednocześnie suma wartości kolumny „Koszt (materiałów, podwykonawców) [PLN]” i kolumny „Koszty ogólne [PLN]” była niższa o 79 329,43 złote niż wartość wskazana w kolumnie „Koszt [PLN]” w pierwotnym rozbięciu z dnia 22 stycznia. Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnił, skąd wzięła się taka różnica kwot pomiędzy kosztami, w obydwu tabelach.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny Zamawiający uznał, iż w wyjaśnieniach ceny złożonej oferty z dnia 22 stycznia Wykonawca przedstawił wyższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia niż w złożonej ofercie, co jest niezgodne zarówno z art. 82 ust. 1 ustawy PZP (Wykonawca może złożyć jedną ofertę) jak i z rozdziałem X ust. 7 SIWZ (Cena podana przez Wykonawcę w ofercie jest ostateczna. (...). Zamawiający nie miał możliwości poprawić rozbieżności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) lub 3) ustawy PZP (nie była to ani omyłka oczywista, ani omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty) ani też wezwać Wykonawcę do dalszych wyjaśnień treści oferty, gdyż prowadziłyby one do negocjacji złożonej oferty, niedozwolonych na gruncie ustawy PZP (...).

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu,

a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Następnie Izba wskazuje, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w pkt 2, 3 i 4, które dotyczyły naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, przy braku sprzeciwu ze strony wykonawców Eurbudowa i ERBUD, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, obligowało Izbę do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego, co zostało odzwierciedlone w pkt 1 sentencji wyroku.

W aspekcie powyższego Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty zawarte w odwołaniu:

- w pkt 1, zarzut polegający na naruszeniu art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, tj.:
 - a) ustaleniu w sposób dowolny, iż Odwołujący złożył w toku postępowania dwie oferty o różnych cenach;
 - b) dokonaniu błędnej oceny złożonych wyjaśnień i przypisaniu Odwołującemu woli zmiany ceny złożonej oferty tudzież złożenia drugiej oferty.
- w pkt 5, zarzut polegający na naruszeniu art. 91 ust 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Eurobudowa, mimo iż oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą. Zaś pkt 2 powołanego przepisu stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba stanęła na stanowisku, że ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przesądza o wadliwości decyzji Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy PRK 7 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp jako niezgodnej z ustawą a także z uwagi na iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Konsekwencją powyższego jest uznanie, że naruszony został również przepis art. 91 ust. 1 Pzp, z uwagi na dokonanie badania i oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego i uznanie, że w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert za najkorzystniejszą należy uznać ofertę wykonawcy Eurobudowa. Za przyjęciem przez Izbę takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył w ramach postępowania tylko jedną ofertę zawierającą z ceną ryczałtową na kwotę 13 445 497,21 zł netto, co łącznie z podatkiem od towarów i usług dało kwotę 16 537 961,56 zł brutto. Potwierdzeniem powyższej tezy jest konsekwentne wskazywanie przez Odwołującego w obu kalkulacjach załączonych do wyjaśnień, w wierszu „Suma” tożsamych całkowitych kwot netto oraz brutto identycznych jak te, wskazane w złożonej ofercie w formularzu ofertowym. Powyższe dowodzi tego, iż Odwołujący niezmiennie podtrzymywał ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w tej samej cenie, jak ta, zawarta w formularzu ofertowym w złożonej ofercie.

Powyższego zapatrywania nie zmienia również argumentacja Zamawiającego zasadzająca się na treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia zagadnienia występowania w ofercie wykonawcy PRK 7 ceny rażąco niskiej. W tym zakresie należy wskazać, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że wartości podane w poszczególnych wierszach rozbicia cenowego przedstawionego wraz z wyjaśnienia wykonawcy PRK 7 z dnia 22 stycznia 2021 r. w kolumnach „Koszt [PLN]”, „Koszty ogólne [PLN]”, „Rezerwa [PLN]”, „Marża - Zysk [PLN]” nie sumują się do wartości wskazanej w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]”. Co istotne, powyższa kwestia była przedmiotem wątpliwości Zamawiającego, który wystosował do wykonawcy PRK 7 na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp kolejne wezwanie do wyjaśnień (pismo z dnia 3 lutego 2021 r.). W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w piśmie z dnia 4 lutego 2021 r. przedstawiając kalkulację cenową, w której wartości podane w poszczególnych wierszach rozbicia cenowego w wymienionych powyżej kolumnach sumowały się do wartości wskazanej w kolumnie „Wartość oferty netto [PLN]”, a wartość ta nie uległa zmianie względem tej wskazanej w pierwotnej kalkulacji.

Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2021 r. wyraźnie wskazał, że pod pojęciem „Koszt” w pierwotnym zestawieniu zawierały się wszystkie koszty związane z wykonaniem danej pozycji „tj. koszty materiału, ewentualnych podwykonawców, koszty nadzoru, energii itp. czyli całkowity koszt bez zysku”. Natomiast powtórne rozbicie ceny ofertowej zostało ograniczone wyłącznie do cen materiałów i kosztów podwykonawców, na co wyraźnie wskazuje sama treść tej kolumny. W tej sytuacji zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający prawidłowo ocenił, iż w pierwotnym rozbiciu cenowym wartość kosztów ogólnych zostały dwukrotnie ujęta zarówno w kolumnie „Koszt” i „Koszty ogólne”. Jednak Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, iż części kosztów rezerwy, które ze względu na przyjętą metodologię pierwotnie również została ujęta przez wykonawcę w pozycji „Koszt”.

W tym zakresie Izba za wiarygodną logiczną i spójną uznała argumentację przedstawioną przez Odwołującego, w której wskazywał, że w wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2021 r. podtrzymał co prawda kalkulację złożoną wraz z wyjaśnieniami pierwotnie, ale tylko w tym zakresie, w którym nie została ona zmieniona. Zaś wadliwe jest wyliczenie Zamawiającego na kwotę 79 329,43 zł przy uwzględnieniu treści wyjaśnień Odwołującego uznając jedynie koszty ogólne, bowiem Odwołujący wskazywał, że nie dotyczy to tylko kosztów ogólnych, ale innych, które mogły być ujęte w innych pozycjach.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonując błędnej interpretacji wyjaśnień i kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego wadliwie ustalił, że Odwołujący przedstawił nową cenę, a tym samym nową ofertę za wykonanie przedmiotu zamówienia, która była wyższa od tej przedstawionej w złożonej ofercie o 79 329,43 zł. Na kanwie rozważań, które zostały przedstawione powyżej Izba doszła do przekonania, że Odwołujący składając na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie procedury dotyczącej występowania w jego ofercie cenit rażąco niskiej nie tylko nie złożył nowej oferty ale również nie przedstawił Zamawiającemu nowej wyższej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym nie można mówić w tym przypadku niezgodności oferty Odwołującego zarówno z przepisami ustawy jak również z treścią SIWZ. Zatem Izba uznała, że nie podlega ona odrzuceniu na podstawie zarówno art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odpowiadając zaś na wątpliwości Zamawiającego zgłoszone w toku rozprawy, które odnosiły się do poszczególnych składników cenotwórczych oraz sposobu oraz możliwości ich samodzielnego wyliczenia lub też weryfikacji przez Zamawiającego to Izba wskazuje, że powinny one podlegać ocenie i ewentualnym konsekwencjom z punktu widzenia czynności badania rażąco niskiej ceny a nie w aspekcie niezgodności z ustawą czy też treścią specyfikacji.

Podsumowując powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że Odwołujący w tym postępowaniu złożył Zamawiającemu tylko jedną ofertę i brak jest racjonalnych podstaw do tego, aby uznać, że Odwołujący w wyniku przeprowadzanej procedury wyjaśniającej dopuścił się złożenia nowej oferty w postępowaniu. Natomiast analiza treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w aspekcie zaistniałej rozbieżności cenowej w kolumnie trzeciej przedstawionych kalkulacji cenowych w ocenie Izby nie może być postrzegana w kategorii złożenia dwóch ofert, czy też podwyższenia ceny zaoferowanej w złożonej ofercie. W tym względzie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż podstawę odrzucenia jego oferty należy uznać za całkowicie bezpodstawną i nieuprawnioną.

Uwzględniając powyższe Izba stanęła na stanowisku, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, co skutkowało również uznaniem za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, polegający na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy Eurobudowa. Konsekwencją takiego zapatrywania Izby jest uwzględnienie odwołania i konieczność nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy PRK 7 a następnie jej uwzględnienia przy ponownej czynności badania i oceny ofert.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania

odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 776/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 13 600 zł (na którą składał się koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego) - obciążyła Zamawiającego jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: