

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku

przy udziale wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. 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

Zamawiający: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku - Etap I inwestycji”, znak sprawy/postępowania: ZP/03/20.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 113-273197, Dz.U./S S113 12/06/2020, 273197-2020-PL.

W dniu 12 marca 2021 r. Odwołujący: ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie uzyskał informację o czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 marca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 marca 2021 r. (znak: KPIM/227/2021, nr: DZP.38.3.2020.MS) zarzucając mu w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A.:

- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa Stare PZP”) poprzez brak wskazania jednoznacznego i jasnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A., a także poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy ERBUD S.A. pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Stare PZP w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Stare PZP poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy ERBUD S.A. pomimo tego, że cena zaoferowana przez wskazanego Wykonawcę nie jest rażąco niska, a wskazany Wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających wyjaśnić i wyjaśniających ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do ceny;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Stare PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest rażąco niska i poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy ERBUD S.A. pomimo tego, że cena zaoferowana przez wskazanego Wykonawcę nie jest rażąco niska;

- naruszenie art. 90 ust. 3 Ustawy Stare PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest rażąco niska, a Wykonawca ERBUD S.A. nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających wyjaśnić ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do ceny.

Mając na uwadze powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A.

Jednocześnie, wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty nie zasługuje na aprobatę, albowiem w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne i prawne budzi wątpliwości interpretacyjne co do rzeczywistych przyczyn faktycznych i prawnych odrzucenia oferty, a w szczególności Wykonawca ERBUD S.A. podkreślił, że uzasadnienie faktyczne nie jest spójne z uzasadnieniem prawnym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty, zobowiązany jest do jednoznacznego wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego tego odrzucenia oferty.

Nie jest zatem dopuszczalna na gruncie przepisów sytuacja, w której to na wykonawcę przenoszony jest ciężar ustalania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia i w konsekwencji wykonawca musi domyślać się tych podstaw.

Zarzucił, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał, co konkretnie doprowadziło go do wniosku, że uzasadnione jest dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę. Zamawiający ograniczył się w tej kwestii do ogólnikowych twierdzeń, że w jego ocenie cena oferty Odwołującego jest rażąco niska.

Podniósł, że Zamawiający nie wskazał przy tym, co konkretnie w jego ocenie zostało w cenie ofertowej Odwołującego wycenione rażąco nisko, czy też z czego Zamawiający wywiódł wskazane wnioski.

W ocenie Odwołującego - wyjaśnił on Zamawiającemu wszystkie ceny dot. konkretnych elementów przedmiotu zamówienia, co do których Zamawiający przedstawił wątpliwości w wezwaniu do udzielenie wyjaśnień skierowanym do Odwołującego.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do innych elementów ceny, czy konkretnych zakresów, to powinien w tym zakresie wystosować odrębne wezwanie do Wykonawcy ERBUD S.A.

Zdaniem Odwołującego - nieakceptowalne jest działanie Zamawiającego, gdzie wystosowuje on ogólnikowe wezwanie wskazując konkretnie nieliczne elementy zamówienia, otrzymuje adekwatne do tego wyjaśnienia (odnoszące się przy tym także do konkretnie wskazanych przez Zamawiającego elementów), a następnie bez wskazania konkretnych przyczyn odrzuca ofertę Wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie zostały złożone przez niego wyjaśnienia, które w sposób adekwatny i wystarczający pozwalają wyjaśnić wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej ceny, w tym w szczególności wątpliwości przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z 5 listopada 2020 r.

Odwołujący przekonywał, że odniósł się zarówno do ceny całkowitej oferty, jak również do jej elementów, które wzbudzały wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę przy tym, że celem wyjaśnień składanych na wezwanie dot. ceny jest przedstawienie Zamawiającemu obiektywnych okoliczności usuwających potencjalne wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej ceny. Nie jest zaś samo w sobie istotą składanie wskazanych wyjaśnień „punkt po punkcie” wg pisma Zamawiającego, jeżeli ewentualne wątpliwości Wykonawca wyjaśnia w sposób obiektywny za pomocą innych środków lub metod dowodowych lub wskazując na inne okoliczności niż wskazane w wezwaniu Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności wskazał, że w przedmiotowej sprawie występują liczne okoliczności prowadzące do wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ERBUD S.A. Wiedza co do tych

kwestii wynika natomiast także z okoliczności faktycznych prowadzonego postępowania przetargowego.

Z tego względu Odwołujący był przekonany, że udzielając Zamawiającemu wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, usystematyzował również Zamawiającemu wskazane okoliczności.

Podkreślił przy tym, że zaoferowana przez ERBUD S.A. cena ofertowa 152.153.821,08 zł brutto jest zbliżona do cen ofertowych pozostałych Wykonawców składających oferty i jest jedynie ok. 5% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący w swoim odwołaniu zestawiał, że Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym wskazali następujące ceny ofertowe:

Wykonawca ERBUD S.A.: 152.153.821,08 zł brutto;

Wykonawca BUDIMEX S.A.: 155.416.580,00 zł brutto;

Wykonawca WARBUD S.A.: 166.181.753,84 zł brutto;

Wykonawca Konsorcjum ALSTAL: 167.901.777,44 zł brutto.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 160.413.483,09 zł brutto.

Powyższe oznaczało dla Odwołującego, że wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym, będący niezależnymi od siebie podmiotami działającymi w warunkach rynkowych, obliczyli swoje ceny ofertowe na zbliżonym poziomie. W konsekwencji również cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest ceną zbliżoną do cen zaoferowanych przez innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Nadto, Odwołujący zauważył, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest niższa od kolejnej kwotowo ceny (BUDIMEX S.A.) jedynie o ok. 2%, a zatem ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają bowiem rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający, wzywając Wykonawcę ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień pismem z 5 listopada 2020 r., posiadał już złożone i zweryfikowane wyjaśnienia pozostałych wykonawców, a pomimo tego cen tych Wykonawców Zamawiający nie uznał za rażąco niskie.

W tych okolicznościach – zdaniem Odwołującego - całkowicie nieuzasadnione jest przyjęcie przez Zamawiającego, że cena ofertowa Odwołującego ERBUD S.A., oszacowana na poziomie kwotowym zbliżonym do cen ofertowych pozostałych Wykonawców jest rażąco niska.

Zaznaczył również, że sam Zamawiający wskazał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 168.871.174,06 zł brutto.

Od tej kwoty cena oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jest niższa jedynie o ok. 10%, co potwierdza – według Odwołującego, że sam Zamawiający ocenia, że przedmiotowe zamówienie zrealizuje za wskazaną kwotę i na tyle ocenia koszt wykonania tego zamówienia (Zamawiający jako podmiot publiczny jest bowiem zobowiązany zabezpieczyć na realizację zamówienia niezbędne środki finansowe).

W związku z tym przekonywał, że skoro zatem Zamawiający wskazaną kwotę zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, to oznacza, że Zamawiający uważa, że za wskazaną kwotę jest realnie w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Cena ofertowa Odwołującego jest natomiast kwotowo zbliżona do wymienionej kwoty podanej przez Zamawiającego.

Odwołujący jako istotną dla sprawy okoliczność podniósł to, że Zamawiający zwracając uwagę na konieczność weryfikacji ceny zaoferowanej przez ERBUD S.A. wskazywał wartość zamówienia na kwotę 212.616.773,49 zł + VAT, tj. 261.518.631,39 zł brutto.

Podkreślił, że w kwocie tej Zamawiający ujął dodatkową kwotę w wysokości 20% wartości wynikającej z kosztorysów, jako środki przeznaczone na potrzeby wykonania potencjalnych/ewentualnych zamówień dodatkowych. Zgodnie z protokołem postępowania wskazane 20% dodane do wartości kosztorysowej to 34.636.128,91 zł netto + VAT.

Według Odwołującego - kwestia ta jest istotna, bowiem Wykonawca ERBUD S.A. (podobnie jak pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym) nie wycenił w swojej ofercie potencjalnych/ewentualnych robót dodatkowych, a jedynie konkretnie wskazany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia wynikający m.in. z opisu przedmiotu zamówienia przedstawionego przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Porównywanie w tych okolicznościach oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia (obejmującej dodatkowo 20 % wartości kosztorysowych na wykonanie potencjalnych/ewentualnych robót dodatkowych) wprost do wartości ceny ofertowej

Wykonawcy ERBUD S.A. (nie obejmującej żadnych kwot na wykonanie potencjalnych/ewentualnych robót dodatkowych) prowadzi do nieuzasadnionych wniosków w kwestii ceny ofertowej zaproponowanej przez Wykonawcę ERBUD S.A. jako potencjalnie rażąco niskiej.

Ponadto, zauważył, że roboty dodatkowe mogą, ale nie muszą wystąpić, a na chwilę obecną w ogóle nie jest znany ich zakres. Stąd kwota na ich potencjalne/ewentualne wykonanie ma charakter jedynie hipotetyczny i stanowi założenie budżetowe Zamawiającego na wypadek wystąpienia w trakcie realizacji umowy robót dodatkowych niemożliwych obecnie do przewidzenia.

Zaznaczył również, że Zamawiający nie wymagał od Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia uwzględnienia w cenie ofertowej konkretnych wartości lub kwot na wykonanie ewentualnych/potencjalnych robót dodatkowych. Nawet zgodnie z projektem umowy przygotowanym w przedmiotowej sprawie przez Zamawiającego (§ 6 ust. 5, 6, 7 projektu Umowy), w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych wynagrodzenie za ich wykonanie dopiero byłoby ustalane, a nie było ustalane w ofercie.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający oceniając cenę zaproponowaną przez Odwołującego powinien mieć na uwadze wskazane powyżej okoliczności, bowiem porównanie szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia bez dodawania 20 % wartości kosztorysowych na potrzeby wykonania potencjalnych/ewentualnych robót dodatkowych, prowadzi do wniosku, że wartość ceny ofertowej Wykonawcy ERBUD S.A. nie jest nawet niższa o więcej niż 30 % od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia w odniesieniu do faktycznie przywidzianych do wykonania robót.

Powyżej przedstawione kwestie – w opinii Odwołującego - wynikają w całości z okoliczności sprawy.

Nadto, Wykonawca ERBUD S.A. wyjaśnił, że zwrócił Zamawiającemu uwagę na wskazane okoliczności w wyjaśnieniach z 16 listopada 2020 r. Nieuprawnione jest przy tym bagatelizowanie przez Zamawiającego wskazanych okoliczności w piśmie z 12 marca 2021 r. (odrzucenie oferty) i twierdzenie, że Wykonawca za pomocą wskazanych okoliczności jakoby wyłącznie kwestionował zasadność wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wskazane okoliczności stanowią, bowiem potwierdzenie także tego, że cena zaproponowana w niniejszej sprawie przez Wykonawcę ERBUD S.A. nie jest ceną rażąco niską. Wskazane okoliczności wynikają przy tym z okoliczności sprawy i Zamawiający

powinien mieć o nich wiedzę i mieć je na uwadze oceniając ceny wynikające ze złożonych ofert.

Wykonawca zwrócił także uwagę, że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego przedstawione w piśmie z 5 listopada 2020 r. w okolicznościach niniejszej sprawy nie było celowe, uzasadnione ani możliwe przeprowadzanie standardowych dowodów zmierzających do wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc powyższe do okoliczności sprawy wskazał, że w przedmiotowej sprawie Wykonawca ERBUD S.A., odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w sposób sugerowany przez Zamawiającego, musiałby w istocie przedstawiać całkowicie sztuczne wyjaśnienia i dowody na to, że zaoferowana przez niego cena ofertowa, oszacowana na poziomie zbliżonym do cen innych Wykonawców (działających tak jak Wykonawca ERBUD S.A. w warunkach rynkowych) i kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący argumentował, że w szczególności oszacował swoją cenę ofertową na poziomie cen ofertowych innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy złożyli swoje oferty działając niezależnie od siebie w warunkach rynkowych i których to cen Zamawiający nie uznaje za rażąco niskie.

Nadto, zaznaczył, że cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest na poziomie zbliżonym do kwoty, którą Zamawiający ostatecznie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem „standardowe” wyjaśnienia dot. braku występowania rażąco niskiej ceny opierają się w założeniu na wykazaniu np. dodatkowych oszczędności (m.in. co do metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, czy wybranych rozwiązań podwykonawczych) lub wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia czy otrzymania pomocy np. publicznej.

Przedstawienie takich okoliczności – w przekonaniu Odwołującego - w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę ERBUD S.A. ceny ofertowej na poziomie zbliżonym do cen innych Wykonawców (działających podobnie jak ERBUD S.A. w warunkach rynkowych) i do kwoty, którą Zamawiający ostatecznie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest zatem całkowicie sztuczne i w praktyce niemożliwe.

Skoro bowiem inni wykonawcy działający, podobnie jak ERBUD S.A., w warunkach rynkowych, zaproponowali ceny ofertowe na poziomie zbliżonym do ERBUD S.A., to jest

oczywistym dla Odwołującego, że cena ERBUD S.A. nie została sporządzona w oparciu o nadzwyczajne metody oszczędnościowe czy szacowania, o szczególnie korzystne warunki lub otrzymaną pomoc, a jest jedynie ceną sporządzoną z zastosowaniem standardowych metod rynkowych i kalkulacji. W tej sytuacji nie jest w odniesieniu do niej możliwe przedstawianie wyjątkowych metod, możliwości, okoliczności czy sposobów jej kalkulacji.

Według Odwołującego - nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę ograniczały się do 5 pozycji Formularza Cenowego, a nie dotyczyły całej ceny. Zamawiający prezentując takie stanowisko w istocie przedstawia wyrwane z kontekstu - wypowiedzi Wykonawcy. W związku z tym Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach podał, że w przypadku ceny ryczałtowej zaoferowaną cenę należy oceniać nie tylko przez pryzmat poszczególnych cen jednostkowych, ale przede wszystkim jako całość. W odniesieniu do ceny całkowitej Wykonawca ERBUD S.A. prezentował także swoje stanowisko zawarte w wyjaśnieniach.

Wykonawca ERBUD S.A. przypomniał, że odrzucenie oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP (tj. przepisu wskazanego przez Zamawiającego) jest dopuszczalne w przypadku występowania rażąco niskiej ceny (rozumianej jako cena całkowita), a nie z powodu wartości przyjętych dla konkretnych cen jednostkowych za elementy robót.

Z tego względu Wykonawca wskazywał, że przedmiotem weryfikacji celem wykluczenia występowania rażąco niskiej ceny jest przede wszystkim cena całkowita za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie same w sobie ceny jednostkowe za wykonanie pojedynczych części danych elementów zamówienia.

Stwierdził również, że aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia

Przekonywał, że cena jest sumą wszystkich elementów składających się na wartość danego zakupu, dlatego też rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Przy czym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia.

Z powyższych względów Wykonawca ERBUD S.A. zwrócił uwagę, że nie znajduje

uzasadnienia postępowanie Zamawiającego polegające na wywodzeniu rzekomego występowania w sprawie rażąco niskiej ceny z wartości pojedynczych pozycji jednostkowych z Formularza Cenowego. Do tego, aby konkretną cenę uznać za rażąco niską, niezbędne jest, aby cena ta jako całość była rażąco niska, a nie aby pojedyncze ceny jednostkowe z Formularza Cenowego były niższe o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej tych cen jednostkowych wynikających z wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie jest wymagane, aby w każdej pojedynczej cenie jednostkowej wszyscy Wykonawcy mieli zbliżone kwoty. Nie ma bowiem generalnego obowiązku konkretnego kalkulowania marż, zysków i kosztów w konkretnych cenach jednostkowych.

Podkreślił przy tym, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ustalił dla Wykonawców żadnych wytycznych co do sposobu kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych w Formularzu Cenowym, a w szczególności we wskazanej kwestii Zamawiający nie ustalił dla Wykonawców żadnych progów procentowych ani kwotowych, co oznacza, że poszczególni Wykonawcy, działając w ramach własnej strategii cenowej, mieli swobodę w kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych w Formularzu Cenowym i nie mieli obowiązku w konkretnych cenach jednostkowych uwzględniać konkretnych wartości czy kwot (np. konkretnych marż, zysków i kosztów). Co jest przy tym istotne, wszyscy Wykonawcy, działając w warunkach rynkowych i niezależnie od siebie, mimo różnic w poszczególnych cenach jednostkowych zaoferowali całkowite ceny ofertowe na zbliżonym poziomie kwotowym.

Nadto, Odwołujący zauważył, że Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy nie może traktować w odniesieniu do ERBUD S.A. poszczególnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego jako istotnych części składowych ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego - przeczy temu w szczególności to, że Zamawiający kierując wezwania do pozostałych poza Odwołującym Wykonawców, w istocie nie wskazywał żadnych konkretnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego, co do których oczekuje wyjaśnień, a jedynie wzywał ogólnie do wyjaśnień ceny całkowitej.

Wykonawca zwrócił przy tym uwagę, że gdyby posługiwać się przykładowo metodologią prezentowaną przez Zamawiającego (tj. porównywanie konkretnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego do średnich arytmetycznych dla tych cen jednostkowych ze złożonych ofert), to różnice w stosunku do średnich arytmetycznych

poszczególnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego występują w odniesieniu do każdego z Wykonawców. Przykładowo:

Wykonawca BUDIMEX S.A.:

- wycenił Odcinek Nr 1 - „Rozwiązania tymczasowe” na kwotę 397.343,46 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 70 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

- wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 2.1 „Architektura Centralna Sterylizacja i Dezynfekcja” na kwotę 705.468,75 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 44 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

Wykonawca WARBUD S.A.:

- wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 1.1 „Konstrukcja Lądowiska” na kwotę 800.073,64 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 46 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

- wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 2.3 „Konstrukcja Lądowiska” na kwotę 373.902,48 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 82 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

Wykonawca Konsorcjum ALSTAL:

- wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 3.3 „Instalacje elektryczne Lądowiska” na kwotę 388.098,52 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 42 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert;

- wycenił Odcinek Nr 6 - „Budynek Nr B4, B4A”, pkt 4.1 „Instalacje Okablowania Strukturalnego, w tym:” na kwotę 2.754.651,74 zł brutto, tj. na kwotę niższą o 41 % od średniej arytmetycznej wynikającej dla tych robót ze złożonych ofert.

W związku z tym, wskazał, że Zamawiający kierując wezwania dot. wyjaśnienia ceny do ww. Wykonawców, nie wskazywał żadnych konkretnych cen jednostkowych, a jedynie pytał ogólnie o całkowitą cenę ofertową, co oznacza, że Zamawiający konkretnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego w istocie nie postrzega jako kluczowych dla weryfikacji ceny całkowitej, a poprzestaje jedynie na ogólnych wyjaśnieniach dot. ceny całkowitej.

Istotne jest dla Odwołującego przy tym, że w przedmiotowej sprawie wszyscy Wykonawcy, działając w warunkach rynkowych i niezależnie od siebie, mimo różnic w poszczególnych cenach jednostkowych, zaoferowali całkowite ceny ofertowe na zbliżonym poziomie kwotowym (tj. doszli do zbliżonych kwotowo cen całkowitych).

Z powyższych względów, Odwołujący uznał, że również jego wyjaśnienia składane w niniejszej sprawie nie powinny być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do konkretnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego.

Według Odwołującego - składając wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny, odniósł się także do wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego cen jednostkowych, ale wskazywał przede wszystkim przyjęte do obliczenia ceny ofertowej metodologie, prowadzące w konsekwencji do uzyskania cen zbiorczych dot. konkretnych zakresów robót (tj. sumy za zakresy składające się z kilku elementów) na poziomie zbliżonym do innych wykonawców.

W szczególności, zaznaczył, że również Wykonawca wskazał Zamawiającemu, z jakich względów nie jest uzasadnione przyjmowanie, że wskazywane przez Zamawiającego w wezwaniu ceny jednostkowe miałyby dowodzić występowania w przedmiotowej sprawie rażąco niskiej ceny i dlatego całkowita cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską.

Mając to na uwadze, Odwołujący wyjaśnił, że wskazał Zamawiającemu m.in., że ceny jednostkowe przyjęte przez poszczególnych wykonawców prowadzą w konkretnych przypadkach do zawyżenia średnich arytmetycznych konkretnych cen jednostkowych (m.in. Wykonawcy WARBUD S.A. w odniesieniu do sieci hydrantowych), co powoduje sztuczne zawyżenie średnich arytmetycznych konkretnych cen jednostkowych i w efekcie stanowi odpowiedź na część wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego.

Nadto Wykonawca wskazał, że Zamawiający, przedstawiając swoje wątpliwości dot. przebudowy linii kablowych dot. 0,4 kV (odcinek 2 pkt 2 Formularza Cenowego) w istocie nie rozpatruje całości linii kablowych stanowiących kompleksowy zakres robót, a jedynie koncentruje się na konkretnym ich odcinku.

W związku z tym Odwołujący podniósł, że kompleksowo linie kablowe zostały przez niego wycenione na poziomie zbliżonym do pozostałych Wykonawców i przedstawił w tym zakresie w swoim odwołaniu porównawcze zestawienie cenowe.

Powyższe oznacza zatem, że ceny za roboty elektryczne zewnętrzne różnie rozkładały się w poszczególnych ofertach. Cena wszystkich prac elektrycznych sieci zewnętrznych w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. nie jest w tym przypadku nawet ceną najniższą. Tym bardziej zatem nie może być uznana za cenę prowadzącą do powstania w niniejszej sprawie ceny rażąco niskiej.

W kwestii instalacji centralnego ogrzewania Wykonawca wyjaśnił, że w projekcie instalacji sanitarnych: TOM II ROZDZIAŁ 3.2 PROJEKT BRANŻY SANITARNE J-HCS SKRZYDŁO B4, B4A zgodnie z opisem zawarto: instalacje OZE, instalacje centralnego ogrzewania, instalacje technologicznego, źródła chłodu, instalacje chłodnicze budynkowe, instalacje freonowe chłodu, instalacje klimatyzacji precyzyjnej, glikolowy odzyska ciepła central wentylacyjnych, kable grzewcze.

Wskazał, że powyższy zakres jest wymieniony również w przedmiarze robót instalacji sanitarnych budynku B4, a Formularz Cenowy Załącznik 8 do SIWZ nie wymienia wszystkich instalacji opisanych w ww. projekcie i przedmiarze robót.

W związku z tym wywodził, że wykonawcy mogli różnie przyporządkować zakresy do poz. 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania, a w przypadku ERBUD w cenie poz. 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania ujęto tylko instalacje centralnego ogrzewania oraz instalacje ciepła technologicznego.

Wyjaśnił, że pozostałe instalacje są ujęte w punkcie 5.2 Wentylacja i klimatyzacja oraz w przypadku sond spiralnych dla instalacji OZE sondy te ujęto w dziale konstrukcja, ponieważ będą zabetonowane w palach gruntowych. W związku z tym stwierdził, że koszty instalacji należy rozpatrywać kompleksowo i nie można z nich wywodzić wystąpienia w przedmiotowej sprawie ceny rażąco niskiej.

Argumentował, że sumując działy 5.2 Instalacja wentylacji i klimatyzacji oraz dział 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania i dodając sondy spiralne w kwocie ok. 800 tys. zł brutto wychodzi zaś, że cena ERBUD S.A. w tym zakresie jest niższa od średniej z wszystkich ofert (sumy działów 5.2 i 5.3) o ok. 15%, co oznacza, że we wskazanym zakresie nie może być w istocie żadnych wątpliwości co do wskazania cen jednostkowych składających się na zakresy robót na poziomie rynkowym.

Według Odwołującego - nie ma również w przedmiotowej sprawie podstaw do wywodzenia rażąco niskiej ceny z ceny zaoferowanej za „system obwodowego nawiewu powietrza na salach operacyjnych” (Odcinek Nr 6, pkt 7.5 Formularza oferty), bowiem Wykonawca ERBUD S.A. w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że wykonywanie „systemu obwodowego nawiewu powietrza na salach operacyjnych” jest elementem kompleksowego wykonywania sal operacyjnych i ceny zaoferowane w odniesieniu do tego kompleksowego zakresu robót przez Wykonawcę ERBUD S.A. są zbliżone do cen zaoferowanych przez innych Wykonawców i wobec tego w swoim odwołaniu przedstawił stosowne zestawienie cenowe.

Powyższe oznacza dla Odwołującego, że okoliczności sprawy brak jest podstaw do wywodzenia rażąco niskiej ceny z cen jednostkowych „systemu obwodowego nawiewu powietrza na salach operacyjnych”.

Podsumowując powyższe okoliczności stwierdził, że Wykonawca ERBUD S.A. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia co do wszystkich konkretnych cen jednostkowych, które Zamawiający wskazał w swoim wezwaniu do wyjaśnień dot. zaoferowanej ceny jak objęte potencjalnymi wątpliwościami Zamawiającego.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający wystosowując do Wykonawcy ERBUD S.A. wezwanie swoje wątpliwości skierował w stronę konkretnych cen jednostkowych z Formularza Cenowego.

Wywodził, że skoro zatem Zamawiający nie określił precyzyjnie, jakie zakresy rzeczowe powinny być wycenione w poszczególnych pozycjach Formularza cenowego, to oznacza, że pozostawił w tym zakresie swobodę oceny Wykonawcom. W takiej sytuacji nieuprawnione jest wyciąganie przez Zamawiającego wniosków w kwestii występowania rażąco niskiej ceny z porównywania pojedynczych cen jednostkowych z poszczególnych ofert.

Podsumowując całość powyższych okoliczności stwierdził, że Odwołujący w niniejszej sprawie przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia prowadzące do usunięcia potencjalnych/ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Przekonywał, że ze wskazanych wyjaśnień i okoliczności sprawy wynikają następujące okoliczności prowadzące do wniosku, że w przedmiotowej sprawie cena Wykonawcy ERBUD S.A. nie jest rażąco niska:

1. Wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym, będący niezależnymi od siebie podmiotami działającymi w warunkach rynkowych, obliczyli swoje ceny ofertowe na zbliżonym poziomie. W konsekwencji również cena zaoferowana przez Wykonawcę ERBUD S.A. jest ceną zbliżoną do cen zaoferowanych przez innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a zatem jest ceną rynkową. Podkreślił przy tym, że Zamawiający nie miał zastrzeżeń do cen ofertowych innych wykonawców, oszacowanych na zbliżonym poziomie kwotowym do ceny Odwołującego.

2. Zamawiający wskazał jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kwotę 168.871.174,06 zł brutto, co oznacza, że sam Zamawiający ocenia, że za wskazaną kwotę jest w stanie realnie wykonać przedmiot zamówienia i ponieść rzeczywiste

koszty wykonania tego zamówienia. Od tej kwoty cena oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jest niższa jedynie o ok. 10%, a zatem cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną zbliżoną do wskazanej kwoty Zamawiającego.

3. Zamawiający obliczając wartość zamówienia, w oparciu o którą wzywał następnie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień, ujął w niej dodatkową kwotę w wysokości 20% wartości wynikającej z kosztorysów, jako środki przeznaczone na potrzeby wykonania potencjalnych/ewentualnych zamówień dodatkowych. Wykonawca ERBUD S.A. (podobnie jak inni wykonawcy) składając ofertę, nie uwzględnił w swojej cenie ofertowej żadnych dodatkowych wartości na poczet wykonania potencjalnych/ewentualnych zamówień dodatkowych. Z tego względu wskazane kwoty się „nieporównywalne” na potrzeby weryfikowania i wywodzenia rażąco niskiej ceny.

4. Zamawiający w postępowaniu przetargowym nie określił precyzyjnie, jakie zakresy rzeczowe powinny być wycenione w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego (potwierdziła to KIO w uzasadnieniu wyroku z 13 października 2020 r. wydanego w sprawie KIO 2340/20 dotyczącej niniejszego postępowania przetargowego). Nadto Wykonawcy mieli swobodę kształtowania ceny ofertowej i nie mieli obowiązku z konkretnych cenach jednostkowych uwzględniać m.in. marż, zysków i kosztów na konkretnym poziomie. W takiej sytuacji nieuprawnione jest wyciąganie przez Zamawiającego wniosków w kwestii występowania rażąco niskiej ceny z porównywania pojedynczych cen jednostkowych z poszczególnych ofert.

5. Wykonawca ERBUD S.A. wyjaśnił Zamawiającemu metodologię przyjętą do kalkulacji w zakresie umożliwiającym i niezbędnym na usunięcie ewentualnych wątpliwości Zamawiającego. W szczególności Wykonawca wyjaśnił Zamawiającemu, że wskazywane przez Zamawiającego w wezwaniu kierowanym do ERBUD S.A. pozycje jednostkowe z Formularza Cenowego stanowią w kalkulacjach Wykonawcy elementy szerszych zakresów robót, które zostały przez Wykonawcę wycenione na poziomie zbliżonym do cen innych Wykonawców i jako takie nie mogą służyć do wywodzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny.

6. Dla wyjaśniania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego w niniejszej sprawie nie jest niezbędne i kluczowe przedstawianie nadzwyczajnych czy ponadstandardowych metod kalkulacji czy oszczędności, dodatkowej pomocy publicznej czy też szczególnie korzystnych ofert podwykonawców lub warunków realizacji, albowiem takie kwestie w przedmiotowej sprawie faktycznie nie występują. Cena ofertowa Wykonawcy ERBUD S.A. jest ceną ofertową skalkulowaną na poziomie zbliżonym do ofert innych wykonawców działających w warunkach rynkowych, które Zamawiający uznaje za niezawierające rażąco niskiej ceny. Z tego względu cena ofertowa ERBUD S.A. jest jedynie zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności, metod i technik. Doszukiwanie się w tym przypadku i oczekiwanie wskazania jakichkolwiek ponadstandardowych metod kalkulacji czy

oszczędności, dodatkowej pomocy publicznej czy też szczególnie korzystnych ofert podwykonawców lub warunków realizacji ma w tej sytuacji całkowicie sztuczny charakter.

7. Wykonawca ERBUD S.A. przedstawił w swoich wyjaśnieniach Zamawiającemu argumentację (w tym m.in. metodologię) pozwalającą Zamawiającemu wyjaśnić jego potencjalne/ewentualne wątpliwości.

W dniu 24 marca 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Budimex S.A.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

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 Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2020 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Odwołującego z dnia 16 listopada 2020 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z jednym załącznikiem(dowodem), informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 12 marca 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 kwietnia 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 26 kwietnia 2021 r., opinii z dokumentu prywatnego Biura Kosztorysowego z dnia 26 kwietnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.92 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej starą ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

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.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Odwołujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając wyjaśnienia wraz z jednym dowodem w postaci oferty z dnia 31 sierpnia 2021 r.

Izba stwierdziła również, że kwestia zasadności samego wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny została przesądzona przez Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 10 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt VI Ga 7/21, gdzie Sąd ten w ustnej motywacji podał między innymi, że „...zamawiający miał prawo, a wręcz konieczność wezwania...odwołującego Erbud S.A. w Warszawie do udzielenia pisemnych wyjaśnień, co do złożonej oferty na podstawie art.90 ustęp 1a pkt 1 Pzp w starym brzmieniu.”.

Wobec tego należało uznać, że w powyższym zakresie zachodzi res iudicata i rozpoznanie odwołania może dotyczyć jedynie samych wyjaśnień Odwołującego odnoszących się do rażąco niskiej ceny, a nie treści samego wezwania Zamawiającego.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonego zarzutu odwołania odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, wymaga wskazania, że ciężar dowodowy wynikający z art.90 ust.2 i art.190 ust.1a starej ustawy Pzp nakładający na Odwołującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie takie wątpliwości zasygnalizował Zamawiający w piśmie z dnia 5 listopada 2020 r. wzywającym Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że treść wezwania była następująca; „Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o. o. działając jako Zamawiający w ww. postępowaniu, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) – dalej Pzp, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z faktem, iż zaoferowana przez Państwa kwota jest niższa o ponad 30% w stosunku do wartości zamówienia w ww. postępowaniu (wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego wynosi 212 616 773,49 zł), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zwraca się w szczególności o wyjaśnienie w odniesieniu do poniższych pozycji wskazanych w formularzu cenowym (załącznik nr 8 do SIWZ):

- odcinek 1 pkt 4 sieci sanitarne (cena niższa o 31% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 2 w całości (cena niższa o 33% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 2 pkt. 2 przebudowa linii kablowych 0,4 kV (cena niższa o 85% od średniej ceny złożonych ofert),

- odcinek 6 pkt. 7.5 system obwodowy nawiewu powietrza na salach operacyjnych (cena niższa o 81% od średniej ceny złożonych ofert),

- odcinek 6 pkt 54. Instalacja centralnego ogrzewania, w tym (cena niższa o 38% od średniej ceny złożonych ofert).

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla 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 2018 r. poz. 2177), wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zadaniem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie odpowiednich dowodów, które pozwolą rozwiać wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r. (sygn. KIO 637/15) „...Przepisy p.z.p. wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego "wykazania", to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności... Z samego brzmienia przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp. wynika, że wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia...”.

Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone...”.

W następstwie tego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 16 listopada 2020 r. wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny i załączył jeden dowód, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego Izba doszła do przekonania, że nie były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim należy wskazać, że znaczna część wyjaśnień Odwołującego przedstawionych w pkt. I.A cyt. pisma stanowi jedynie polemikę z Zamawiającym, co do możliwości zakwalifikowania ceny oferty Odwołującego jako mieszczącej się w granicach wykraczających poza pojęcie rażąco niskiej ceny.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący w pkt I.B omawianych wyjaśnień stanął na stanowisku, że nie znajduje uzasadnienia postępowanie Zamawiającego polegające na wywodzeniu rzekomego występowania w sprawie rażąco niskiej ceny z pojedynczych pozycji jednostkowych z Formularza Cenowego.

Z takim zapatrywaniem Odwołującego nie sposób się zgodzić, zważywszy na treść przepisu art.90 ust.1 starej ustawy Pzp, gdzie ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia...”.

Z brzmienia tego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, z uwagi na wyrażenie „wydają się” zapisane w liczbie mnogiej, że chodzi zarówno o cenę, jak i koszt lub istotne ich części składowe, a nie tylko o cenę jako wartość całkowitą i ostateczną.

Wobec tego przedmiotem dociekań i badań Zamawiającego powinna być cała struktura ceny wraz z jej elementami szczegółowymi, co do których ma on wątpliwości, a których ostateczna ocena powinna doprowadzić go do odpowiedzi na pytanie czy cena jest rażąco niska czy też nie i czy w związku z tym cena ta zapewnia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że z oświadczenia Zamawiającego wynikało, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wzbudziły jego wątpliwości, a Odwołujący przedstawił wyjaśnienia ogólne o charakterze wymijającym, nieskonkretyzowane i nie odnoszące się do treści wskazanego wezwania.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia dotyczące ceny w ogóle nie odnosiły się do odcinka nr 2 – zagospodarowanie terenu, o co Zamawiający wystąpił w wezwaniu. Wymaga podkreślenia, że pozycja ta ma charakter istotny, bowiem Odwołujący wycenił ją na kwotę 14 289 566, 95 zł.

Izba uznała również, że wyjaśnienie Odwołującego poprzez wskazanie, że linie kablowe 0,4 kV ujęte są w kilku różnych miejscach i żądania od Zamawiającego przeanalizowania wyceny całości instalacji elektrycznych zewnętrznych bez wskazania jakichkolwiek wartości szczegółowych, jedynie z powołaniem się na różnice w poszczególnych pozycjach innych oferentów nie mogło znaleźć uznania Izby, jako, że Zamawiający bez znajomości tych kosztów nie mógł dokonać oceny realności zadeklarowanego kosztu.

Dalej Izba stwierdziła, że w odniesieniu do instalacji centralnego ogrzewania Odwołujący wyjaśnił, „...że w projekcie instalacji sanitarnych: TOM II_ROZDZIAŁ 3.2_PROJEKT BRANŻY SANITARNEJ HCS_SKRZYDŁO B4, B4A zgodnie z opisem zawarto: instalacje OZE, instalacje centralnego ogrzewania, instalacje technologicznego, źródła chłodu, instalacje chłodnicze budynkowe, instalacje freonowe chłodu, instalacje klimatyzacji precyzyjnej, glikolowy odzyska ciepła central wentylacyjnych, kable grzewcze. Powyższy zakres jest wymieniony również w przedmiarze robót instalacji sanitarnych budynku B4. Należy zauważyć, że formularz cenowy Załącznik 8 do SIWZ nie wymienia wszystkich instalacji opisanych w ww. projekcie i przedmiarze robót. W związku z tym wykonawcy mogli różnie przyporządkować zakresy do poz. 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania. W przypadku ERBUD w cenie poz. 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania ujęto tylko instalacje centralnego ogrzewania oraz instalacje ciepła technologicznego. Pozostałe instalacje są ujęte w punkcie 5.2 Wentylacja i klimatyzacja oraz w przypadku sond spiralnych dla instalacji OZE sondy te ujęto w dziale konstrukcja, ponieważ będą zabetonowane w palach gruntowych. W związku z tym koszty instalacji należy rozpatrywać kompleksowo...”.

W ocenie Izby – powyższe oświadczenie jedynie potwierdziło, że Odwołujący nie wycenił w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ wszystkich pozycji, ale niezależnie od tego nie wyjaśnił on w ogóle jakie roboty i materiały kryją się za zadeklarowanymi wartościami w pozycji dotyczącej przebudowy linii kablowej 0,4 kV – jaki jest koszt, cena jednostkowa za te roboty.

Reasumując, wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają jakiejkolwiek kalkulacji pozwalającej na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

Ostatecznie, wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają wskazania jakichkolwiek kosztów osobowych, kosztów materiałów, kosztów pośrednich, marży, a także zysku na kontrakcie, które to elementy mają podstawowe znaczenie dla oceny możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty.

Powyższego poglądu Izby nie zmieniła opinia przedstawiona przez Odwołującego z dokumentu prywatnego Biura Kosztorysowego z dnia 26 kwietnia 2021 r., gdzie autor przyznał, że „...Wartości realizacji prac są niższe od średnich wartości kosztorysowych (podane wyżej) m.in. ze względu na zastosowanie indywidualnych rabatów od cen katalogowych...”, podczas gdy Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie podał jakie otrzymał rabaty i od jakich podmiotów.

Dodatkowo - zdaniem Izby - Odwołujący nie wykazał braku wystąpienia rażąco niskiej ceny załączając do wyjaśnień jedynie dowodu w postaci oferty z dnia 31 sierpnia 2020 r. dotyczącej wykonania instalacji gazów medycznych, a to z tego względu, że Zamawiający w tym zakresie nie formułował swoich wątpliwości, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiego kosztu.

W takim przypadku Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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 związku z tym – według zapatrywania Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Odwołujący nie skorzystał z możliwości przeprowadzenia skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp z przyczyn leżących po jego stronie.

W ocenie Izby – Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Odwołującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez innych niezbędnych w tej sprawie dowodów złożonych przez Odwołującego, potwierdziła, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Odwołujący skutecznie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie, Izba uznała, że wobec złożenia przez Odwołującego ogólnych, wymijających wyjaśnień odnoszących się do zaoferowanej ceny, zamiast takich, które by nawiązywały do precyzyjnego wezwania Zamawiającego, nie mógł on skorzystać z dobrodziejstwa ponownego wezwania, które jedynie uszczegóławiałyby określony element wyjaśnień.

Z tych powodów, Izba reprezentuje pogląd, że nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a byłoby możliwe jedynie w przypadku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień konkretnych, a nie bardzo ogólnych, czy braku złożenia jakichkolwiek dowodów, uniemożliwiających Zamawiającemu jakąkolwiek ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię 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.

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.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten składając swoje wyjaśnienia wraz z kalkulacjami oraz dowodami nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Rozpoznając kolejny zarzut, Izba stwierdziła, że nie potwierdził on naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.92 ust.1 pkt 3 starej ustawy Pzp, bowiem ten w swoim rozstrzygnięciu powołał podstawę prawną opartą o przepis art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 starej ustawy Pzp, a uzasadnienie faktyczne – według zapatrywania Izby było adekwatne do treści wyjaśnień Odwołującego, które co zostało wyżej wskazane miały charakter ogólny, a w związku z tym Zamawiający nie miał możliwości odniesienia się do wyjaśnień, które nie istniały, a te które zostały przez Odwołującego złożone nie miały znaczenia dla podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....