

Sygn. akt: KIO 2375/15

WYROK

z dnia 13 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez **IMBUDIZOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy 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 od Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy na rzecz IMBUDIZOL Sp. z o.o. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania w Nieruchomościach Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: *Wykonanie projektu technicznego oraz wykonanie remontu izolacji przeciwwodnej garażu podziemnego i wykonanie naprawy izolacji -w obrębie klatek schodowych w budynku mieszkalnym przy ul. Ząbkowskiej 23/25 w Warszawie.*

W dniu 2 listopada 2015 r. wykonawca IMBUDIZOL Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. XII.1 SIWZ cena ofertowa miała zostać podana jako łączna cena ryczałtowa za realizację całego zamówienia w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy oraz przedmiary. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą. Zamawiający nie wymagał również, aby kiedykolwiek wykonać jakikolwiek kosztorys, który miałby być częścią oferty, co zdaniem Odwołującego oznacza, że nie może oceniać oferty Odwołującego z uwzględnieniem pozycji kosztorysowych. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i otrzymał w tym zakresie wyjaśnienia. Mimo otrzymanych wyjaśnień oraz z pominięciem okoliczności, że zgodnie z SIWZ cena ofertowa miała stanowić wynagrodzenie ryczałtowe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazano, że powodem odrzucenia jest zaniżenie przez Odwołującego norm roboczogodzin, norm materiałów oraz norm nakładów sprzętu w stosunku do norm, zawartych w katalogu nakładów rzeczowych (KNR), które Zamawiający zamieścił w przedmiarze robót w SIWZ przy opisie koniecznych do wykonania.

Kwestionując czynność odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że oceniając tylko pewien element oferty Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Ponadto Zamawiający żądał wskazania w formularzu ofertowym ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie żądał natomiast złożenia kosztorysu ofertowego. Zdaniem Odwołującego brak jest w związku z tym podstaw do dokonywania oceny oferty Odwołującego w oparciu o pozycje kosztorysowe, które zrobił Odwołujący na swój użytek.

Odwołujący podniósł, że złożył wyczerpujące, merytoryczne wyjaśnienia i kalkulacje, na podstawie których dokonał obliczenia wynagrodzenia ryczałtowego. Zaoferowana cena ryczałtowa ofertowa brutto za prace izolacyjne została wyliczona na podstawie faktycznych cen materiałów, pracy zatrudnionych robotników i zużycia sprzętu w jego firmie w oparciu o własne, sprawdzone przy podobnych realizacjach kalkulacje. Cena uwzględnia postanowienia kart katalogowych materiałów, faktycznych możliwości techniczno-organizacyjnych Odwołującego oraz doświadczenie w wykonywaniu tego typu zamówień jakie posiada Odwołujący.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien zrezygnować z opierania się na przedmiarze robót wykonanym z wykorzystaniem jakichkolwiek katalogów nakładów rzeczowych (KNR). Przy ryczałcie wyliczonym z wykorzystaniem jednostki miary (m^2 , m^3 , mb) dla uwiarygodnienia ceny powinien żądać wyjaśnień kalkulacji opartej na normatywach i kosztach wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia z zastosowaniem własnych normatywów uwzględniających szczególne warunki realizacji tego rodzaju zamówień, jakie jest w stanie zaoferować. Wykonując kalkulację ofertowej ceny ryczałtowej Odwołujący oczywiście skorzystał ze wskazanych w przedmiarze robót pozycji „katalogów nakładów rzeczowych”. Kluczowe pozycje dotyczące najważniejszych w tym postępowaniu robót izolacyjnych zgodnie ze wskazaniem SIWZ powinny być oparte na materiałach i technologiach firmy WEBAC. Odwołujący ich nie zmienił. Po „otworzeniu” w KNR pozycji wskazanych w przedmiarze okazuje się, że dotyczą one technologii innych niż wskazane w SIWZ: iniekcje odnoszą się do technologii firmy Schomburg (na materiałach AQUAFIN, ASOCRET itd. w pozycji nr: 3, 4, 5, 12, 13.), tynki do tynków trójwarstwowych (pozycja nr 8), a montaż taśm dylatacyjnych dla bliżej nieokreślonych (pozycja nr 26, 27). Ponieważ są to inne technologie, Odwołujący potraktował pozycje KNRów jako tzw.: analogię, zwłaszcza, że Zamawiający nie żądał złożenia żadnego kosztorysu.

Odwołujący podniósł, że wykorzystując swoją wiedzę techniczną i olbrzymie doświadczenie wykonał własną rzetelną kalkulację ceny ryczałtowej, zakładając faktyczne, sprawdzone przez niego w praktyce nakłady materiałów, sprzętu i robocizny konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może traktować jako kryterium wyboru oferty porównania kalkulacji własnej Odwołującego z nakładami z KNR przypisanymi do przedmiaru.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający pominął także niezwykle istotną z punktu widzenia oceny oferty Odwołującego oraz realizacji przedmiotowego zamówienia okoliczność: w projekcie umowy w § 3 pkt 3 wskazano, że *Wykonawca przyjmuje do*

wiadomości, że rodzaje robót i ilości według programu funkcjonalno-użytkowego mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej, którą ma opracować Odwołujący. Nie można zatem przyjąć, że informacje o szczegółowym zakresie robót wskazane w SIWZ mają charakter ostateczny. Faktycznie dopiero dokumentacja projektowa ma wskazać finalne rozwiązania wykonania prac objętych niniejszym zamówieniem.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, że wyliczenia Odwołującego są błędne. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił zarówno wyjaśnienia, jak i dowody na ich potwierdzenie, podczas gdy Zamawiający ograniczył się do niepopartych niczym twierdzeń, że Odwołujący nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia. Zamawiający zdaje się również pomijać to, że Odwołujący posiada bardzo duże doświadczenie w realizacji robót budowlanych i usług będących przedmiotem zamówienia, co potwierdzają złożone wraz z ofertą dokumenty. Odwołujący wskazał w treści odwołania prace izolacyjne, które zrealizował, a które są w jego ocenie dowodem, że posiada zarówno wiedzę, jak i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim zespołem osób, które potrafią dokonać prawidłowych kalkulacji cen realizacji danego zamówienia. W związku z tym wątpliwości Zamawiającego, czy Odwołujący wykona prawidłowo zamówienie są pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący podniósł, że do oceny rażąco niskiej ceny nie można wykorzystywać kosztorysu inwestorskiego, wykonanego metodą szczegółową lub uwzględniającego urzędowe nakłady i rynkowe ceny czynników produkcji. Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny być szczegółowe, przekonujące oraz powinny zawierać informacje o okolicznościach, które miały wpływ na obniżenie ceny. Wykonawca może powoływać się zatem na charakterystyczne dla niego czynniki, które spowodowały obniżenie ceny tj. rabaty u dostawców, angażowanie własnego sprzętu i personelu. Wykonawca powinien także wskazać, jak owe czynniki wpłynęły na obniżenie ceny oraz przedstawić dowody w tym zakresie, przy czym czynniki na które powołuje się wykonawca muszą być zgodne z prawem i nie mogą naruszać zasady uczciwej konkurencji. W wyjaśnieniach Odwołującego wszystkie powyższe wymagania zostały spełnione.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w przypadku dokonywania czynności odrzucenia to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu wykazania, że zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie wykazał w żaden sposób, że za cenę zaoferowaną przez Odwołującego nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Tym samym Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ograniczył się do

ogólnikowych stwierdzeń, nie odnosząc się do szczegółowych wyjaśnień Odwołującego, a stwierdzając jedynie, że Odwołujący zaniżył normy. Zdaniem Odwołującego tak lakonicznego przedstawienia powodów odrzucenia nie można uznać za wyczerpujące dyspozycję normy wynikającej z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji tej ceny, a więc zgodnie z postanowieniami art. 14 ustawy, koniecznym jest odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego. Przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest przepis art. 632 § 1 Kc. Stanowi on, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Jeżeli więc cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową, to wykonawca, a nie Zamawiający, ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową. Dla każdego profesjonalnie działającego na rynku podmiotu jest oczywiste, że ten sposób ustalania wynagrodzenia niesie ze sobą ryzyko. Zasadnym jest jednak przyjęcie, że takie ryzyko jest dopuszczalne jako mieszczące się w granicach wyznaczonych przez zasadę swobody umów, wyrażoną w przepisie art. 353¹ Kc. W przypadku postępowań, w których Zamawiający przewidział cenę ryczałtową w formularzu ofertowym wskazuje się wyłącznie cenę za wykonanie całego zamówienia, ewentualnie z podziałem na jej poszczególne elementy (tak ja to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu). Nie zmienia to jednak faktu, iż jest to nadal jedynie ogólne, sumaryczne rozbicie zaoferowanej ceny. W takim przypadku Zamawiający nie ma podstaw do analizowania każdego elementu ceny. Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny pod kątem, czy wykonawca w swojej ofercie ujął wszystkie czynniki (robocizna, materiały, sprzęt) niezbędne do wykonania zamówienia i czy przyjął realne ceny zakupu materiałów a nie analizować każdy element indywidualnej wyceny oferenta.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu technicznego oraz wykonanie remontu izolacji przeciwwodnej garażu podziemnego i wykonanie naprawy izolacji w obrębie klatek schodowych w budynku mieszkalnym przy ul. Ząbkowskiej 23/25 w Warszawie.

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) wykonawca deklaruje w ofercie łączną ryczałtową cenę brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia określoną w oparciu o Program funkcjonalno-użytkowy (Załącznik nr 8 do SIWZ), Przedmiar – uszczelnienie izolacji garażu podziemnego (załącznik nr 9 do SIWZ) oraz projekt umowy (załącznik nr 7 do SIWZ), wyliczoną jako suma deklarowanych cen brutto za: wykonanie dokumentacji, za wykonanie robót budowlanych – uszczelnienie izolacji garażu podziemnego oraz za wykonanie naprawy izolacji w obrębie klatek schodowych.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 463.593,91 zł.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

- 1) oferta Odwołującego z ceną 261.882,44 zł,
- 2) oferta ECOFAIR Sp. z o.o. z ceną 627.301,41 zł,
- 3) oferta ATP Hydroizolacje T. P. z ceną 435.263,50 zł,
- 4) oferta Hydrostop-3 Sp. z o.o. z ceną 318.705,24 zł.

W dniu 8 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in. sposób kalkulacji ceny za wykonanie projektu, kalkulację ceny za roboty:

- prace w garażu – wykonanie uszczelnienia rys i spękań metodą iniekcji ciśnieniowej w murach, wykonanie uszczelnień miejscowych iniekcyjnie, wykonanie uszczelnień otworów dylatacyjnych (dylatacji konstrukcyjnych) w konstrukcji żelbetowej, likwidacja nieszczelności wpustów instalacyjnych przez ściany i stropy,
 - prace w klatkach schodowych,
- przedstawiając m.in. koszty sprzętu, materiałów i robocizny. Do wyjaśnień załączono: faktury i oferty na zakup sprzętu oraz kosztorys.

W dniu 23 października 2015 r. Zamawiający skierował do Odwołującego ponowne wezwanie do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie pozycji kosztorysu załączonego do wcześniejszych wyjaśnień:

- 1) poz. 3 i 11 – dlaczego nie uwzględniono przy tych pracach sprzętu tj. sprężarki i pompy iniekcyjnej, niezbędnych do właściwego wykonania tych czynności oraz materiału do naprawy powierzchni;
- 2) poz. 4 i 12 – dlaczego nie uwzględniono przy tych pracach sprzętu tj. sprężarki (w jaki sposób jest oczyszczany otwór po wykonaniu) oraz narzędzi do wiercenia (w jaki sposób wykonane zostaną otwory); ponadto zaniżono normę roboczogodziny w stosunku do normy katalogu tj. norma wykonawcy 0,29 r-g na otwór wg katalogu 0,64 r-g na otwór;
- 3) poz. 5 – dlaczego nie uwzględniono przy tych pracach sprzętu tj. sprężarki (w jaki sposób jest oczyszczany otwór po wykonaniu); ponadto zaniżono normę zużycia materiału - zaprawy naprawczej w stosunku do normy katalogu tj. norma wykonawcy 0,1 kg/m wg katalogu 0,43 kg/m;
- 4) poz. 8 – dlaczego zaniżono normę roboczogodziny w stosunku do normy katalogu tj. norma wykonawcy 0,16 r-g/m² wg katalogu 1,29 r-g/m²;
- 5) poz. 10 – dlaczego nie uwzględniono przy tych pracach sprzętu tj. sprężarki (w jaki sposób jest oczyszczany otwór po wykonaniu);
- 6) poz. 13 – dlaczego nie uwzględniono przy tych pracach sprzętu tj. sprężarki (w jaki sposób jest oczyszczany otwór po wykonaniu);
- 7) poz. 23 – dlaczego zaniżono normę roboczogodziny w stosunku do normy katalogu tj. norma wykonawcy 1,75 r-g/m wg katalogu 5,32 r-g/m;
- 8) poz. 26 – ze złożonych wyjaśnień wynika, że do wykonania czynności zostanie zastosowana taśma SIKADUE COMBIFLEX SG 10 M 100, która nie jest taśmą PCW tylko FPO; jej grubość i szerokość nie gwarantuje przeniesienia obciążeń z dylatacji – jest za słaba i ma za małą rozciągliwość;
- 9) poz. 27 – dlaczego zastosowano masę poliuretanową Tytan PU40, która nie jest odporna na wodę wapniową i zaprawę cementową;
- 10) poz. 28 – dlaczego w kalkulacji nie uwzględniono polimeru tylko sam żel;
- 11) poz. 32 – dlaczego zaniżono normę roboczogodziny w stosunku do normy katalogu tj. norma wykonawcy 0,95 r-g/m wg katalogu 5,32 r-g/m.

W dniu 27 października 2015 r. Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których wskazał pozycje kosztorysowe, w których ujęte zostały koszty sprężarki oraz pompy. Wykonawca przedstawił również uzasadnienie przyjętych norm robocizny i sprzętu oraz wyjaśnienia dotyczące materiałów przyjętych do kalkulacji ceny, co do których Zamawiający powziął wątpliwości.

W dniu 28 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że *wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia tj. zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonawca zaniża normy roboczogodziny, normy zużycia materiałów oraz normy zużycia sprzętu w stosunku do norm zawartych w katalogach nakładów rzeczowych, które to określają nakłady jakie należy ponieść na wykonanie czynności na stanowisku roboczym tj. ile potrzeba pracy ludzkiej, ile potrzeba materiałów i ile potrzeba sprzętu. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia (likwidacja skutków przecieków) – jedynie rzetelne i ściśle przestrzeganie wszystkich parametrów technologicznych gwarantuje należyte, zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie przedmiotu zamówienia i daje gwarancję skutecznej naprawy izolacji.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli i cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności 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 oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł – wnosząc odwołanie – ustosunkować się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Podkreślić należy, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach.

Obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Odrzucając ofertę ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny Zamawiający nadal jest związany dyspozycją art. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może, powołując się na tak określony ciężar dowodu, poprzestać na ogólnym zanegowaniu ceny czy fragmentarycznym przytoczeniu podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku przetargu, podał jedynie podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego oraz bardzo lakoniczne uzasadnienie faktyczne, składające się de facto z jednego zdania (*Wykonawca zaniża normy roboczogodzin, normy zużycia materiałów oraz normy nakładów sprzętu w stosunku do norm*

zawartych w katalogach nakładów rzeczowych, które to określają nakłady jakie należy ponieść na wykonanie czynności na stanowisku roboczym, tj. ile potrzeba pracy ludzkiej, ile potrzeba materiałów i ile potrzeba sprzętu). Zamawiający nie podał nawet, których pozycji przedmiaru to dotyczy, nie przedstawił argumentacji na poparcie swojej tezy, nie powołał postanowień specyfikacji, z których wywodzi niewłaściwe skalkulowanie ceny.

Nie jest wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bardziej szczegółowe przedstawienie przyczyn odrzucenia w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wskazał w niej kilka przyczyn uzasadniających odrzucenie oferty, których w większości nie wyartykułował w informacji o odrzuceniu z dnia 28 października 2015 r., takie jak: brak wyceny niektórych elementów z przedmiaru, brak możliwości osiągnięcia zysku i założenie zbyt małej rezerwy na nieprzewidziane prace, wprowadzenie przez wykonawcę zmian materiałów w stosunku do zalecanych przez Zamawiającego. Odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy, że taka ocena została przez Zamawiającego dokonana, a w konsekwencji nie miał możliwości podjęcia merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Uzupełnienie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty dopiero w odpowiedzi na odwołanie pozbawiło wykonawcę możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. Polemika z tak uzupełnionym uzasadnieniem odrzucenia była podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą znacznie utrudniona, nie można bowiem oczekiwać, aby Odwołujący, poznając szczegółowe stanowisko Zamawiającego dopiero podczas posiedzenia, był w pełni przygotowany do obrony swojej oferty. Z uwagi na powyższe, rozstrzygając sprawę Izba nie wzięła pod uwagę uzasadnienia odrzucenia oferty, które zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a nie znalazło się w treści pisma z dnia 28 października 2015 r.

Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, że bardziej szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty wynika z pisma z dnia 23 października 2015 r. Pismo to jest jedynie wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny ofert, w którym Zamawiający wskazał, w jakim zakresie tych wyjaśnień należy udzielić. Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia i miał prawo zakładać, że albo zostaną one uwzględnione, albo Zamawiający wyjaśni, dlaczego i w jakim zakresie uznał je za niewystarczające. Tymczasem Zamawiający de facto nie odniósł się do tych wyjaśnień. Nie można oczekiwać od wykonawcy, żeby domyślał się, że przyczyna odrzucenia oferty jest tożsama z przyczynami wezwania do dodatkowych wyjaśnień. Wyjaśnienia te zostały bowiem udzielone i jeśli nie były zdaniem Zamawiającego wystarczające lub wiarygodne, to musiało to znaleźć odzwierciedlenie w treści decyzji o odrzuceniu oferty, ze wskazaniem w jakim zakresie Zamawiający ich nie uwzględnił i dlaczego.

Odnosząc się do podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego wyartykułowanej w piśmie z dnia 28 października 2015 r. (zaniżenie norm w stosunku do KNR-ów) należy stwierdzić, że nie została ona przez Zamawiającego dostatecznie sprecyzowana. Zamawiający nie podał nawet, których norm w których pozycjach przedmiaru to dotyczy, nie przedstawił również argumentacji na poparcie swojej tezy.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby fakt zmiany norm roboczogodzin, normy zużycia materiałów oraz normy nakładów sprzętu w stosunku do norm zawartych w katalogach nakładów rzeczowych w okolicznościach niniejszej sprawy sam w sobie nie może świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że cena ma charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku sporządzenia kosztorysu. Dodatkowo przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych, a zgodnie z postanowieniami projektu umowy (§ 3 ust. 3) rodzaje i ilości według programu funkcjonalno-użytkowego mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. W związku z powyższym dokumentacja przygotowana przez Zamawiającego nie może być traktowana jako ostateczne określenie rodzajów i ilości robót. Ponadto w SIWZ nie określono zakazu wprowadzenia jakichkolwiek zmian w stosunku do przedmiaru robót. Gdyby taki zakaz został sformułowany, to ewentualnie należałoby rozważyć zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, jednak nie tyle z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, co ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Podsumowując, należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego, stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: