

Sygn. akt: KIO 2520/18

WYROK
z dnia 17 grudnia 2018 r.



Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 17 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2018 r. przez wykonawców Pawła Durczok Anitę Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik

przy udziale wykonawcy Bogusława Jarzyna prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna, ul. Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.11.2018 r. (przekazanej 03.12.2018 r.), nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień wraz z dowodami (adekwatnymi dla poszczególnych wskazanych poniżej pozycji) Przystępującego: Bogusława Jarzyna prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna, Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik w trybie art. 90 ust.1 Prawa zamówień publicznych, w kontekście istotnych części składowych ceny oferty, w zakresie zaoferowanych cen jednostkowych: w poz. 49 d.1.1.12 (izolacja akustyczna z maty

elastomerowej) – w kosztorysie branży budowlanej, w całym dziale 1.5 (poz. od 20 do 36 d.1.5) oraz poz. 54-57 działu 1.7 – w kosztorysie branży elektrycznej, w całym dziale 2 (poz. od 49 do 55 d.2) – w kosztorysie branży niskoprądowej (dotyczy urządzeń aktywnych z montażem i uruchomieniem) ujęcia w każdej z nich w szczególności: wszystkich kosztów wynikających z opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej, tzn. w szczególności składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzęt oraz narzuty kosztów pośrednich, kosztów zakupu materiałów i zysk oraz wymogów wynikających z projektu budowlanego (przekroju i opisu budowlano-architektonicznego część 3 str. 8 poz. 5.7 izolacje - izolacje akustyczne, rodzajów i parametrów opraw oświetleniowych przyjętych w projekcie budowlanym i wykonawczym, rodzajów i parametrów osprzętu przyjętego w projekcie budowlanym oraz opisem części elektrycznej, jak i rodzajów i parametrów osprzętu przyjętego w projekcie budowlanym i wykonawczym oraz opisem części niskoprądowej) związanych z przedmiotem zamówienia, z uwagi na przywołane w uzasadnieniu okoliczności. Jednocześnie, w zakresie wskazanych pozycji Przystępujący winien przedstawić zestawienie składników cenotwórczych z czytelnym i jednoznacznym wyliczeniem wymaganych kosztów dla danej pozycji ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko Przystępującemu (w związku z wybranym rozwiązaniem technicznym, wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi Przystępującemu, oryginalnością projektu Przystępującego, 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 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; czy też powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy). Winien przedstawić w jaki sposób okoliczności przynależne Przystępującemu pozwoliły na zaoferowanie tak korzystnych cen jednostkowych we wskazanych pozycjach, jaki był ich wpływ w tym zakresie na zaoferowaną cenę, dotyczy to wszystkich wskazanych wyżej pozycji, a zwłaszcza - izolacji akustycznej z maty elastomerowej oraz opraw oświetleniowych. Konieczne jest przedstawienie dowodów tam gdzie jest to możliwe zwłaszcza co do dysponowania korzystnymi ofertami cenowymi od dostawców. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

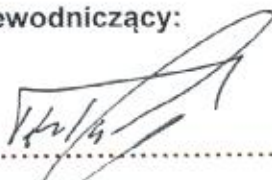
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Pawła Durczok Anitę Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Miasta Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik** na rzecz **Pawła Durczok Anity Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:




.....

Na oryginale właściwe podpis
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej


Emil Kociński

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 4, dzielnica Golejów - rozbudowa budynku szkoły.”, znak postępowania: ZP.271.133.2018, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 618333 - N - 2018, data zamieszczenia 18.09.2018 r., przez Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 03.12.2018 r. (e-mailem) pismem z 30.11.2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Bogusław Jarzyna prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna, Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik zwany dalej: „Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna” albo „Przystępującym” albo „Al Due”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajął - Pawła Durczok Anity Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik zwane dalej: „GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c.” albo „Odwołującym”.

W dniu 07.12.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c. wniosła odwołanie na w/w czynność z 03.12.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.12.2018 r. (e-mailem). Polegające na:

1. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty wykonawcy Al Due sklasyfikowanego na pozycji pierwszej, co miało wpływ na wynik postępowania,
 2. zaniechaniu odrzucenia oferty Al Due, mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
 3. zaniechaniu odrzucenia oferty Al Due, mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
 4. zaniechaniu odrzucenia oferty Al Due, mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzucił:
1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego z wykonawcą AI Due negocjacji co do treści złożonej oferty, ukierunkowywanie wykonawcy co do treści oczekiwanych wyjaśnień,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AI Due mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. 2018, poz. 419 ze zm.) – zwana dalej „UZNK”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AI Due mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AI Due mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AI Due do wyjaśnienia ceny i kosztów złożonej oferty.

Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c. odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę AI Due,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych,

3. dopuszczenie dowodów z dokumentacji przetargowej i w tym zakresie zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia całej dokumentacji przetargowej w tym prowadzonej z wykonawcami korespondencji, kosztorysów inwestorskich oraz dokumentacji z szacowania wartości zamówienia,

4. dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wynikające z ich treści,

5. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia czy poszczególne kwestionowanie w odwołaniu ceny jednostkowe zawierają wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z wymogami SIWZ oraz czy oferta wykonawcy AI Due zawiera ceny nierynkowe, ceny poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy wykonawca AI Due uwzględnił w ofercie wymogi ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zamawiający w dniu 3.12.2018 r. rozstrzygnął. W przetargu wpłynęły 4 oferty gdzie w wyniku ich oceny dwie oferty zostały odrzucone, natomiast oferta odwołującego została

sklasyfikowana na 2 miejscu. Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert AI Due sklasyfikowanej na poz. 1 czym dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. W rozdz. XI SIWZ wskazano m.in., iż cena ofertowa jest ceną kosztorysową (pkt 2). Obliczenie ceny ofertowej należy dokonać w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia (pkt 3 ppkt 1). Cena ofertowa jest ceną obliczoną w kosztorysie ofertowym ustaloną na podstawie cen jednostkowych każdej pozycji oraz ilości jednostek przedmiarowych podanych przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. (...). Cena ofertowa obliczona przez Wykonawcę musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania (pkt 4). W całkowitej cenie ofertowej i cenach jednostkowych przedkładanych przez Wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę (pkt 5). Każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji (pkt 7 ppkt 2). Istota przyjętego w przetargu wynagrodzenia kosztorysowego oraz znaczenie cen jednostkowych wyraża także § 8 wzoru umowy stanowiącej zał. nr 7 do SIWZ, gdzie w ust. 2 określono, iż ceny jednostkowe kosztorysu powykonawczego muszą być takie same jak w kosztorysie ofertowym. Ponadto, Zamawiający w korespondencji kierowanej do wykonawców, gdzie uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „B.I.T” Jerzy Brzoska wyraża swój zamiar takiego właśnie podejścia do cen jednostkowych: *„Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający ustalił wynagrodzenie kosztorysowe, które nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego i stanowić będzie sumę iloczynów ostatecznie wykonanych i zaakceptowanych przez Zamawiającego ilości i cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych. W związku z powyższym wiedza co do cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych ma kluczowe znaczenie dla ustalenia i rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli”.*

W świetle ww. postanowień SIWZ, wykonawca nie może zaniżać ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej, która to cena jednostkowa nie uwzględnia wszelkich kosztów i składników. Inaczej mówiąc cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi zawierać w sobie wszelkie składowe, wszystkie składniki cenotwórcze. Zamawiający pismem z 29.10.2018 r. wezwał wykonawcę AI Due do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty w zakresie kosztorysu branży budowlanej, elektrycznej i niskoprądowej. Zamawiający wprost wskazał, iż kwoty wskazane w tych pozycjach odbiegają od ceny rynkowych podobnych zamówień. Zamawiający wyjaśnił także istotę cen jednostkowych, które powinny obejmować wszystkie składniki cenotwórcze.

Wezwanie do zamawiający obarczył rygorem odrzucenia oferty: „W przypadku (...) jeżeli złożone wyjaśnienia nie potwierdzą zgodności z przedmiotem zamówienia Pana oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”. Wezwanie to było reakcją na pismo sygnalizujące Odwołującego z dnia 24.10.2018 gdzie odwołujący wskazał, iż oferta AI Due zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca AI Due udzielając odpowiedzi na powyższe wezwanie ograniczył się wyłącznie do złożenia bardzo ogólnego oświadczenia, które nie spełniało wymogów ustawowych stawianych formie i treści wyjaśnień. Wyjaśnienia te nie stanowiły rzeczowej i wyczerpującej odpowiedzi na otrzymane wezwanie. Wyjaśnienia te nie wniosły niczego nowego do sprawy. Zamawiający wprost wskazał, iż ma wątpliwości co do przyjętych cen jednostkowych, które w jego opinii odbiegały od ceny rynkowych mimo tego AI Due w ogóle nie podjęło próby uzasadnienia poziomu przyjętych cen jednostkowych. Po otrzymaniu ww. wyjaśnień, Zamawiający kolejny raz wezwał wykonawcę AI-Due do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie jak w pierwotnym wezwaniu z 29.10.2018 r. W tym wezwaniu, Zamawiający wprost wskazał na przyjęcie niskich cen jednostkowych. To wezwanie również Zamawiający obwarował rygorem odrzucenia oferty. W odpowiedzi na drugie wezwanie, wykonawca AI Due kolejny raz ograniczył się do bardzo ogólnych wyjaśnień. Dodatkowo do wyjaśnień wykonawca ten przedłożył wyciąg z dokumentacji przetargowej zawierający charakterystykę parametrów poszczególnych materiałów ujętych w kosztorysie. Kolejny raz mimo, iż zamawiający wprost wskazał, iż ma wątpliwości co do niskich cen rynkowych, odbiegania tych cen od cen rynkowych, wykonawca AI Due nie przedłożył żadnych ofert, zapytań ofertowych, deklaracji, kalkulacji czy szczegółowych wyjaśnień pokazujących w jaki sposób skalkulował poszczególne ceny jednostkowe. Wykonawca ten nie wyjaśnił w żaden sposób aby ceny te zawierały wszystkie składniki cenotwórcze. W świetle złożonych przez AI Due wyjaśnień, Zamawiający nie mógł mieć pewności, iż zgodnie z wymogami SIWZ kwestionowane ceny jednostkowe obejmują wszystkie składniki cenotwórcze. Odwołujący stoi na stanowisku, iż po pierwsze poszczególne ceny jednostkowe przyjęte w ofercie AI Due nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych. Po drugie, iż oferta AI Due stanowi czyn nieuczciwej konkurencji gdyż przedstawia ceny nierynkowe, poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia. Po trzecie, iż oferta wykonawcy AI - Due zawiera rażąco niską cenę z uwagi na niskie, nierynkowe ceny jednostkowe w istotnych branżach dla realizacji przedmiotu zamówienia. Po czwarte, zdaniem odwołującego, zamawiający kierując do AI - Due kolejne wezwania do wyjaśnień tego samego zakresu prowadził z tym wykonawcą negocjacje co do treści złożonej oferty, zaś sama treść wezwań wprost ukierunkowywała treść wyjaśnień. Oferowane przez AI Due ceny jednostkowe są rażąco niskie w stosunku do obowiązujących cen rynkowych i nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych. I tak:

- a) kosztorys branży budowlanej - dział o poz. 49d.1.1.12 (izolacja akustyczna z maty elastomerowej) zaniżona o ok. 70-80 % od ceny rynkowej tj. o ok. 210000 do 260000 zł. W swoich dodatkowych wyjaśnieniach w zakresie tej pozycji AI Due podało jedynie typ i parametr ALw>34db bez podania grubości tej maty 17mm, a to dodatkowo precyzuje konkretny produkt. Sam zakup materiału w tej pozycji kosztorysowej to min. 220000 zł,
- b) kosztorys branży elektrycznej - dział 1.5 oświetlenie, cena zaniżona o ok. 35% od wartości ceny rynkowej tj. o ok. 40000 zł. W swoich dodatkowych wyjaśnieniach AI Due stwierdziło, że nie będzie stosować w tej pozycji zamienników. Wartość rynkowa samego zakupu opraw oświetleniowych zgodnie z przedstawioną ofertą producenta firmy Beghelli przy 36 miesięcznej gwarancji to koszt 71104,40 zł netto. Zgodnie z zadeklarowaną przez AI Due 60 miesięczną gwarancją wartość ta wzrasta o ok. 15%, co daje w zakupie ok. 81000 zł netto. AI Due cały dział 1.5 wyceniło na kwotę 74420,23 zł netto z czego 4280 zł to przygotowanie podłoża i pomiary natężenia oświetlenia (poz. 20 i poz. 36) więc na zakup opraw, montaż i udzielenie 60 miesięcznej gwarancji pozostaje 70140,23 zł netto (poz. 21-35),
- c) kosztorys branży elektrycznej - dział 1.7 poz. 54-57 - cena zaniżona w stosunku wartości cen rynkowych o ok. min. 80% tj. 9000 zł, oferowane przez AI Due ceny robocizny i materiału są znacznie niższe od najniższych cen rynkowych samego materiału,
- d) kosztorys branży niskoprądowej - dział 2 - instalacje niskoprądowe, urządzenia aktywne, wartość zaniżona w stosunku do cen rynkowych ok. 34% co daje wartość ok. 17000 zł netto.

Porównanie cen			
Zakres	AI Due	Odwolujący	Zamawiający
Branża budowlana poz. 49d.1.1.12 izolacje akustyczne z maty elastomerowej	41 990,40 zł	249 218,89 zł	308 522,90 zł
Branża elektryczna Dział 1.5	74 420,23 zł	114 958,85 zł	124 929,01 zł
Branża elektryczna Dział 1.7 poz. 54-57	1 686,44 zł	20 799,34 zł	10 916,02 zł
Branża niskoprądowa Dział 2. urządzenia elektryczne	33 164,59 zł	62 558,15 zł	45 179,41 zł

Kosztorys ofertowy zawiera ceny jednostkowe, które nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych zatem oferta wykonawcy AI Due nie odpowiada treści SIWZ. „Kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część. Oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści SIWZ” (wyrok KIO z 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 362/08). „Na treść oferty nie składa się wyłącznie określenie przedmiotu

świadczenia, ale również ceny. Sporządzenie oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ, odnoszącymi się zarówno do zakresu zobowiązania i ceny winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Nie tylko niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie przedmiotu świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)" (wyrok KIO z 06.06.2016 r., sygn. akt: KIO 830/16).

Zamawiający bezpodstawnie skierował do AI Due kolejne wezwanie do wyjaśnień mając świadomość, iż pierwsze wyjaśnienia nie spełniały wymogów ustawowych i były niekompletnie i nierzetelne. Kolejne wezwanie do wyjaśnień dotyczyło tych samych elementów oferty i tego samego aspektu wątpliwości oferty AI Due co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego m.in. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp. Niewątpliwie takie postępowanie zamawiającego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz oznacza prowadzenie negocjacji w przedmiocie oferty AI Due. „Wykonawca składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen" (wyrok KIO z 13.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2135/11). „Wyjaśnienia wykonawcy winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze" (wyrok KIO z 17.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2809/11). „Wykonawca wyjaśniając treść oferty w wyniku ponownego wezwania na podstawie art 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) musi zaniknąć treść złożonych wyjaśnień w treści wyjaśnień pierwotnie składanych. Inne podejście do tej kwestii stanowiłaby niedopuszczalna zmiana treści oferty dokonanej w ramach składanych wyjaśnień. Dalsze wzywanie w tej samej kwestii byłoby rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców" (wyrok KIO z 15.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2322/17). „Na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia wysokości ceny oferty wykonawca ma obowiązek przedstawić stosowne kalkulacje niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy czy też kosztorysowy. Brak przedstawienia takiej kalkulacji na wezwanie zamawiającego pozwala na uznanie, że cena oferty nie została skalkulowana w sposób rzetelny, pozwalający na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z 25.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1421/17). „Ponawianie czynności wyjaśniających przy braku szczególnych nowych okoliczności mogłoby być poczytane jako naruszające zasadę

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na uprzywilejowaniu jednego wykonawcy" (wyrok KIO z 17.04.2018 r., sygn. akt: KIO 612/18). „Wskazać należy, iż to na wykonawcy, który został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nie jest natomiast zasadne, aby zamawiający wielokrotnie, w zakresie tego samego elementu oferty, zwracał się do profesjonalisty o złożenie wyjaśnień. Interes wykonawcy powinien bowiem zaowocować takim opracowaniem wyjaśnień, aby zamawiający mógł w sposób jednoznaczny, po jednokrotnym wezwaniu, ustalić treść oferty wzywanego wykonawcy" (wyrok KIO z 03.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2006/16). „Dalsze wzywanie w tej samej kwestii byłoby rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.(...) Podkreślić należy, że samo złożenie ogólnego oświadczenia wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania ustalonych przez Zamawiającego braków czy też popełnionych błędów w zakresie treści oferty" (wyrok KIO z 15.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2322/17). „Przyjętym w orzecznictwie Izby stanowiskiem jest, że jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to nie jest zasadnym "dopytywanie" wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 3 listopada 2016 r., KIO 2006/16, wyrok z 27.05.2014 r., KIO 936/14). Ponadto umożliwienie wykonawcy, który nie uczynił zadość wezwaniu do złożenia wyjaśnień, złożenia kolejnych wyjaśnień w tym samym zakresie mogłoby stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców" (wyrok KIO z 27.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2602/17). Zamawiający nie może w żaden sposób wywierać wpływu na wykonawców, negocjować, ani ukierunkowywać treści wyjaśnień.

Zaniechania Al Due w zakresie przedstawienia wyczerpujących i kategorycznych wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów odnośnie wysokości cen jednostkowej czy braku rażąco niskiej ceny wykluczają dalszą inicjatywę dowodową Al Due w tym zakresie. Jakkolwiek obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska został nałożony na wykonawcę, którego oferty zarzut dotyczy, to jednak - z uwagi na kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego - obowiązuje podstawowa zasada, że każdy uczestnik sporu wywołanego przed KIO, ma obowiązek, w celu poparcia swoich twierdzeń, bądź też odparcia twierdzeń strony przeciwnej, przedstawiać dowody. W konsekwencji zbiegu tych dwóch wytycznych dotyczących ciężaru dowodu, to wykonawca broniący swojej oferty - jak podkreślono w wyroku KIO z 16.1.2017 r., sygn. akt: KIO 2465/16 - winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Dowodzenie to powinno prowadzić do wykazania, iż wykonawca złożył odpowiednie wyjaśnienia na żądanie i jaka była ich treść. KIO w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności

zamawiającego, czyli trafność dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień. Nie może natomiast prowadzić do uzupełniania takich wyjaśnień, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny (np. kalkulacja kosztów składających się na cenę, pozwalająca ocenić zasadność przyjętych w wycenie wartości). Orzecznictwo KIO oraz sądów (wyr. SO z 9.4.2010 r., IV Ca 1299/09; wyr. SO z 21.5.2008 r., X Ga 127/08) jednoznacznie wskazują na brak możliwości brania pod uwagę tego typu dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przywrócenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień, a którego niedotrzymanie zagrożone jest odrzuceniem oferty. Ocena takich dowodów przez KIO w sytuacji, gdy nie były one rozpatrywane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadziłoby do dokonania czynności oceny ofert przez KIO, zamiast przez zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym nie można tym samym dokonać skutecznego uzupełnienia wyjaśnień czy przedstawiania nowych dowodów, których przedstawienia zaniechano w toku postępowania przed Zamawiającym.

Godzi się również zaakcentować, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 UZNK Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Oferta AI Due w powyższym zakresie wyczerpuje znamiona uznania jej złożenia za czyn nieuczciwej konkurencji gdyż poszczególne ceny jednostkowe w istotnych częściach oferty zostały skalkulowane poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia. *„Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi*

kosztami uzyskania" (wyrok KIO z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 473/17). „Poprzez nieuwzględnienie w ramach stawki roboczogodziny faktycznych kosztów związanych z realizacją usług objętych zakresem zamówienia i w konsekwencji zaniżeniem wartości tej stawki, wykonawca podjął w postępowaniu nieuprawnione działania w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy postąpili zgodnie z wymogami SIWZ. Działanie wykonawcy należało zatem uznać za działanie nakierowane na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia, co stanowi przesłankę do uznania, że to działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013, poz. 907 ze zm.)" (uchwała KIO z 02.04.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 17/15). „Wniesienie oferty, która została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale również poniżej kosztów własnych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) i skutkuje odrzuceniem oferty" (wyrok KIO z 11.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2466/14). „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego, przez co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z 24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14).

W niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe w oparciu o ceny jednostkowe, które według oświadczeń Zamawiającego mają bardzo istotne znaczenie i powinny obejmować wszystkie składniki cenotwórcze danej pozycji kosztorysowej. Badanie oferty wykonawcy co do cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne w orzecznictwie KIO. „Ponadto badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych, dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie" (wyrok KIO z 07.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2473/17). „Zamawiający ma prawo badania jednostkowych cen zawartych w kosztorysie. Uprawnienie takie wynika wprost z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. To ustawodawca zobligował zamawiającego właśnie do badania

poszczególnych cenotwórczych aspektów oferty danego wykonawcy, w tym sposobu obliczenia kosztów pracy. Ograniczenie badania wyłącznie do ceny końcowej, globalnej mogłoby bowiem w wielu wypadkach prowadzić do niezasadnego przerzucenia kosztów przez wykonawców, ze szkodą dla pracowników i ochrony ich praw, które ustawodawca zagwarantował im w obowiązujących przepisach prawa" (wyrok KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16). „Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia wycena poszczególnych cen jednostkowych ma istotne znaczenia..." (wyrok KIO z 19.03.2015 r., sygn. akt: KIO 431/15).

W przedmiotowym postępowaniu SIWZ wprost określa wymagania stawiane cenom jednostkowym, których nikt nie zakwestionował poprzez złożenie odwołania od postanowień siwz. Zatem nie tylko cena całej oferty lecz ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu muszą uwzględniać wycenę robocizny, materiałów, sprzętu, narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. Temu obowiązkowi nie sprostał wykonawca Al Due, który m.in. w zakresie wyceny maty elastomerowej proponuje kwotę 32,40 zł za m² mimo, iż na rynku sam zakup tego materiału spełniającego wymagania zamawiającego to koszt 160 - 180 zł/ m². Zatem ta pozycja kosztorysowa nie obejmuje wszystkich składników cenotwórczych jak tego wymaga SIWZ. Podobna sytuacja występuje w branży elektrycznej dział 1.5 gdzie całość działu oświetlenia ma niewiele większą wartość od wartości zakupu opraw zgodnych z dokumentacją oraz w branży niskoprądowej dział 2 gdzie urządzenia aktywne z montażem i uruchomieniem wyceniono poniżej kosztów zakupu samych urządzeń.

Skierowanie przez Zamawiającego wezwania o wyjaśnienie ceny oferty co prawda z powołaniem się na inną podstawę prawną tj. art. 87 Pzp świadczy o powzięciu przez zamawiającego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty Al Due. W takiej sytuacji na wezwanym wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp ciąży obowiązek wyjaśnienia czynników mających wpływ na przyjęty poziom cenowy oraz wykazania (udowodnienia), iż cena oferty nie jest rażąco niska oraz ceny jednostkowe są cenami rynkowymi. Obowiązkowi temu Al Due nie sprostało co winno skutkować odrzuceniem oferty Al Due na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Wykonawca, który broni się przed zarzutem rażąco niskiej ceny musi przedstawić jednoznaczne dowody na poparcie swoich twierdzeń. Wykonawca musi przekonująco wyjaśnić proponowaną cenę. *„Wyjaśnienia wykonawcy winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze - nie można wysnuć zasady obligatoryjnego żądania lub złożenia zestawienia cen jednostkowych" (wyrok KIO z 17.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2809/11). „Obowiązkiem*

wykonawcy jest udowodnienie zamawiającemu okoliczności przeczącej istnieniu rażąco niskiej ceny. Ma on obowiązek przedstawić w czasie prowadzenia postępowania odpowiednie dowody. Chodzi w szczególności o dowody z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym potwierdzające cenę" (wyrok KIO z 07.06.2010 r., sygn. akt: KIO 929/10). „To na wykonawcy od momentu zwrócenia się o wyjaśnienia przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) ciąży obowiązek niepodważalnego wykazania, że zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca musi na wiarygodnym poziomie szczegółowości wykazać czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny" (wyrok KIO z 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2807/11). Złożone przez Al Due wyjaśnienia są niewystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przypomniał, iż celem art. 90 Pzp jest eliminowanie z postępowania przetargowego niewiarygodnych wykonawców. Zgodnie z ugruntowanymi tezami przedstawicieli doktryny norma art. 90 Pzp ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością robót lub zgłaszaniem roszczeń domagając się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie norma ta chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny (tak m in.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz J. Pieróg, rok wyd.: 2015, Wydawnictwo: C.H. Beck Wyd.: 13). „Przesłanką odrzucenia oferty wynikającą z procedur ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, unormowaną w art. 90 ust. 3 ustawy, jest brak wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny lub ocena wyjaśnień, z której wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę" (wyroku KIO z 12.08.2010 r., sygn. akt: 1605/10).

Zamawiający w dniu 07.12.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.12.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoławczemu.

W dniu 13.12.2018 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Odpowiadając na odwołanie, Zamawiający informuje, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w pismach z 08.11.2018 r. i 30.11.2018 r. skierowanych do firmy GRANI-TEC, w których wyjaśnił, że korespondencja kierowana do firmy AL-DUE nie dotyczyła badania rażąco niskiej ceny, lecz stanowiła wyjaśnienia związane z treścią oferty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie badał rażąco niskiej ceny. Cena oferty zaproponowana przez firmę AL-DUE jest ceną najniższą spośród złożonych ofert, ale nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek badać rażąco niską cenę, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przypadku oferty AL-DUE różnica wynosiła w przypadku wartości zamówienia ok. 24,5% a w przypadku średniej arytmetycznej cen ofert ok. 19,5%.

Pomimo możliwości badania rażąco niskiej ceny także w innych przypadkach, Zamawiający uznał, że nic nie wskazuje, aby cena tej oferty odbiegała od wartości zamówienia a jego wykonanie było dla Wykonawcy nieopłacalne przy zachowaniu cen rynkowych. Zwrócił uwagę, że badając oferty Wykonawców nie zdarza się, by wartości wszystkich pozycji kosztorysowych były zawsze w tym samym stopniu proporcjonalne względem tych samych pozycji kosztorysowych w innej ofercie czy kosztorysie inwestorskim, co do wartości całych ofert względem siebie bądź względem wartości kosztorysu inwestorskiego. Różnice pomiędzy wartościami tych samych pozycji w różnych ofertach zawsze występują i nie jest możliwe określenie granic tolerowania tych różnic. Porównywanie wszystkich pozycji z osobna prowadziłoby do wzajemnego wykluczania ofert, bo praktycznie w każdej ofercie można znaleźć jednostkowe ceny wyraźnie odstające od cen tych samych pozycji w innych ofertach.

Zaoferowana cena ofertowa firmy AL-DUE nie jest nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia. Obowiązek żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający badając ofertę poweźmie wątpliwości co do ceny całej oferty lub jej istotnych części składowych co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

W toku postępowania Zamawiający zwrócił się do firmy AL-DUE z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Faktem jest, że nastąpiło to na skutek pisma firmy GRANI-TEC, zawierającego zastrzeżenia co do niskich cen kilku pozycji, co mogło sugerować nieuwzględnienie całości zakresu tych pozycji w wycenie. Zapytanie skierowane do AL-DUE oparte było o art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający

powziął wątpliwości co do treści oferty, a nie jak sugeruje Odwołujący co do ceny oferty. Zamawiający skierował do firmy AL-DUE dwa pisma: pierwsze z zapytaniem czy wskazane pozycje obejmują wszystkie koszty związane z realizacją zadania (robocizną, ceny materiałów i sprzętu, narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk) a po uzyskaniu twierdzącej odpowiedzi zażądał wskazania parametrów zaoferowanych materiałów w tych pozycjach, co ostatecznie miało dać pewność, że złożona oferta odpowiada treści SIWZ.

Podstawą prawną tego badania jest art. 87 ust. 1 Pzp, która to ustawa nie przesądza ile razy zamawiający może zastosować procedurę wyjaśnienia w trybie ww. artykułu. Składane pisma nie zmieniły w żaden sposób treści oferty, lecz stanowiły jej wyjaśnienia pozwalające na uznanie, że oferta złożona przez firmę AL-DUE odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego wraz z przytoczonymi fragmentami wyroków KIO nie odpowiadają stanowi faktycznemu w prowadzonym postępowaniu. Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 Pzp odnoszą się do innego problemu interpretacyjnego w zakresie treści oferty, niż w art. 90 ust. 1 Pzp. Niezrozumiałe jest formułowanie przez Odwołującego zarzutów w stosunku do AL-DUE dotyczących nieprzedstawienia wyczerpujących wyjaśnień oraz nieprzedłożenia dowodów odnośnie zastosowanych cen jednostkowych. Tym bardziej, że Odwołujący znał stanowisko Zamawiającego i wiedział, że nie kierował on wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp. Reasumując, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie zachodzą żadne okoliczności wymienione w zarzutach.

Oferta firmy AL-DUE była prawidłowo badana, na podstawie odpowiedniego artykułu ustawy Pzp, który został zastosowany zgodnie z przepisami prawa. Wykonawca odpowiedział na wątpliwości Zamawiającego i potwierdził zgodność oferty z treścią SIWZ nie wprowadzając żadnych zmian w toku składanych wyjaśnień. Oferta nie została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, ponieważ Zamawiający nie prowadził badania w tym zakresie, gdyż nie powziął obawy, że oferowana cena nie gwarantuje wykonania zamówienia lub wykonanie go w sposób nierzetelny. Oferta AL-DUE została złożona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego a jej treść nie narusza obowiązujących przepisów. Tym samym bezpodstawny jest także zarzut, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści postanowień SIWZ, a zwłaszcza zał. nr 7 do SIWZ (wzór umowy), dokumentacji projektowej, odpowiedzi na pytania, oferty Przystępującego, oprócz pism załączonych przez Odwołującego do odwołania (zaliczonych do materiału dowodowego poniżej), także kopie pisma Odwołującego z 07.11.2018 r., 13.11.2018 r. oraz 23.11.2018 r. skierowanego do Zamawiającego, jak i odpowiedzi Zamawiającego z 08.11.2018 r. oraz z 30.11.2018 r. na niniejsze pisma.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) zbiorcze zestawienie ofert z 08.10.2018 r.,
- 2) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30.11.2018 r.,
- 3) odpis pism z 15.11.2018 r. - 3 szt. (1 - informacji o odrzuceniu oferty p. Jerzego Brzoska prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa „B. I. T.” Jerzy Brzoska, skierowanego do Zamawiającego; 2 - informacji o odrzuceniu oferty p. Damiana Świącik prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik; 3 – wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego),
- 4) odpis pisma Odwołującego z 24.10.2018 r. skierowanego do Zamawiającego,
- 5) odpis pisma Zamawiającego z 29.10.2018 r. (pierwsze wezwanie w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowane do Przystępującego),
- 6) odpis pisma Przystępującego z 31.10.2018 r. (odpowiedź na wezwanie z 29.10.2018 r.),
- 7) odpis pisma Zamawiającego z 07.11.2018 r. (drugie wezwanie w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowane do Przystępującego),
- 8) odpis pisma Przystępującego z 13.11.2018 r. wraz z załącznikami /wyciągami i fragmentami projektu budowlanego i wykonawczego Zamawiającego/ (odpowiedź na wezwanie z 07.11.2018 r.),
- 9) wyciąg z kosztorysów inwestorskich z oferty Przystępującego,
- 10) oferta Beghelli na dostawę opraw oświetleniowych z 01.10.2018 r.

11) oferty BSW z 03.10.2018 r. wraz z deklaracją (na Regufoam® Sound 10 oraz na Regufoam® Sound 12).

Izba oddaliła wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia czy poszczególne kwestionowanie w odwołaniu ceny jednostkowe zawierają wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z wymogami SIWZ oraz czy oferta Przystępującego zawiera ceny nierynkowe, ceny poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy Przystępujący uwzględnił w ofercie wymogi ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W tym zakresie, uznając, że na tym, etapie jest ten wniosek nieuzasadniony. Izba wskazuje, że dotychczas Zamawiający nie przeprowadził procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp, a tylko jego wyczerpanie warunkuje uznanie lub nie zaistnienia przesłanek do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, czyli zaoferowania ceny rażąco niskiej. W tym wypadku, biegły nie mógłby w sposób kompleksowy sporządzić wnioskowaną opinie bez dysponowania stosownymi wyjaśnieniami uzyskanymi w tym trybie. Wyjaśnienia uzyskane dotychczas przez Zamawiającego od Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w ocenie Izby, nie są w tym zakresie dostatecznie miarodajne, gdyż odnoszą się de facto jedynie do kwestii odpowiadania oferty Przystępującego treści SIWZ oraz w pewien sposób kwestii składników cenotwórczych. W żaden sposób nie odnoszą się do ewentualnych czynników przynależnych Przystępującemu, które pozwalały mu na zaoferowanie takich a nie innych cen jednostkowych w kontekście składników cenotwórczych oraz sytuacji na rynku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego z Przystępującym negocjacji co do treści złożonej oferty, ukierunkowywanie wykonawcy co do treści oczekiwanych wyjaśnień,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny i kosztów złożonej oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Przystępującego ceny ofertowej na określonym poziomie, a dokładniej określonych cen jednostkowych w zakwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego w poz. 49 d.1.1.12 (izolacja akustyczna z maty elastomerowej) – w kosztorysie branży budowlanej, w całym dziale 1.5 (poz. od 20 do 36 d.1.5) oraz poz. 54-57 działu 1.7 – w kosztorysie branży elektrycznej, w całym dziale 2 (poz. od 49 do 55 d.2) – w kosztorysie branży niskoprądowej (dotyczy urządzeń aktywnych z montażem i uruchomieniem). Przy jednoczesnym zachowaniu składników cenotwórczych określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz przedmiotu zamówienia wynikającego z dokumentacji projektowej, co jednak było jedynie przedmiotem wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, a nie w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Zamawiający określił w Rozdz. II SIWZ Przedmiot zamówienia, że: „*Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa budynku szkoły Zespołu Szkolno-Przedszkolnego nr 4 o nowy niezależny segment częściowo podpiwniczony, dwukondygnacyjny wraz z budową w ramach zagospodarowania terenu chodników, dróg dojazdowych z placem manewrowym z wyznaczonymi miejscami parkingowymi. Zakres całego zamierzenia budowlanego obejmuje następujące etapy (wg kolejności realizacji):*

- *roboty przygotowawcze wraz z karczowaniem drzew i przesadzeniami,*
- *roboty ziemne i fundamentowe,*
- *roboty zewnętrzne instalacyjne,*
- *roboty konstrukcyjne murowe, żelbetowe,*
- *roboty instalacyjne wewnętrzne w pełnym zakresie branżowym,*
- *roboty wykończeniowe,*
- *wyposażenie pomieszczeń w meble i sprzęt dydaktyczny,*

- budowa parkingów i dróg dojazdowych oraz chodników z kostki brukowej.

Przedmiot zamówienia określony został w dokumentacji projektowej, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót, które to dokumenty stanowią załącznik do SIWZ. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. (...). Nadto, określił Zamawiający w Rozdz. XI SIWZ - Sposób obliczania ceny ofertowej, stwierdzając, że: „(...)

1. Ceną ofertową jest cena brutto podana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ).
2. Cena ofertowa jest ceną kosztorysową.
3. Obliczenia ceny ofertowej należy dokonać w oparciu o:
 - 1) specyfikację istotnych warunków zamówienia,
 - 2) dokumentację projektową,
 - 3) przedmiar robót,
 - 4) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
 - 5) własną kalkulację dotyczącą zakresu robót uzupełniających i przygotowawczych [np. zorganizowanie zaplecza dla pracowników; wydzielenie, oznakowanie i zabezpieczenie terenu prowadzenia robót; zorganizowanie zaplecza na potrzeby składowania materiałów budowlanych oraz kontenera do gromadzenia urobku z demontaży i rozbiórek; transport materiałów; zabudowa podliczników energii elektrycznej i wody wraz z poniesieniem kosztów zużytej energii elektrycznej i wody (uzgodnienie formy rozliczenia nastąpi w trakcie przekazania terenu prowadzenia robót) przygotowania dokumentów odbiorowych wraz z oznakowaniem i wyposażeniem w gaśnice zgodnie z wymogami ppoż.]; którą należy uwzględnić w kosztach pośrednich do kosztorysu.
4. Cena ofertowa jest ceną obliczoną w kosztorysie ofertowym ustaloną na podstawie cen jednostkowych każdej pozycji oraz ilości jednostek przedmiarowych podanych przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk.

Zamawiający nie wymaga dołączania do oferty zestawienia składników cenotwórczych. Cena ofertowa obliczona przez Wykonawcę musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania.

5. W całkowitej cenie ofertowej i cenach jednostkowych przedkładanych przez Wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę.

6. W cenie ofertowej należy również uwzględnić ewentualne uwagi i korekty wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku odpowiedzi na pytania, które mogą zostać zadane na etapie prowadzenia postępowania przetargowego.
7. Kosztorys należy przedstawić w formie uproszczonej wg wzoru:
przy zachowaniu następujących zasad:
 - 1) musi zawierać wycenę wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót z zachowaniem ilości jednostek przedmiarowych,
 - 2) każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji,
 - 3) wartość pozycji jednostkowych bez podatku VAT (podatek VAT należy uwzględnić w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ),
 - 4) cenę jednostkową należy podać z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku (zasady zaokrąglania: poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę),
 - 5) kolejność pozycji w kosztorysie ofertowym powinna być zgodna z przedmiarem robót dołączonym do specyfikacji,
 - 6) niedopuszczalne jest nie dokonanie wyceny jakiegokolwiek pozycji – cena jednostkowa nie może wynosić „0 zł”,
 - 7) NALEŻY podać wartości (podsumowania) poszczególnych działów kosztorysu bądź dołączyć tabelę elementów scalonych.
8. Cena ofertowa nie podlega waloryzacji do końca realizacji przedmiotu zamówienia.
9. Cenę ofertową należy podać z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku (zasady zaokrąglania: poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).
10. Zamawiający nie będzie udzielać zaliczek na realizację zamówienia.
11. Umowa będzie zawarta na całość robót określonych w przedmiocie zamówienia.
12. Wszelkie rozliczenia związane z realizacją zamówienia, którego dotyczy niniejsza SIWZ dokonywane będą w PLN.
13. Wykonawca, składając ofertę (w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. (...).

Jednocześnie, Izba wskazuje na drugie kryterium oceny ofert - Gwarancja (G) – 40 pkt (Rozdz. XII SIWZ), które odnosiło się nie tylko do robót, ale też do zastosowanych materiałów i wyposażenia: „(...) Minimalny okres gwarancji na wykonane roboty, zastosowane materiały i wyposażenie nie może być krótszy niż 36 miesięcy (w przypadku

zaoferowania krótszego terminu, oferta zostanie odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Maksymalna liczba punktów zostanie przyznana za zaoferowanie 60 miesięcy gwarancji. Jeżeli wykonawca zaoferuje okres gwarancji dłuższy niż 60 miesięcy Zamawiający do obliczenia punktów przyjmie 60 miesięcy. Jeżeli Wykonawca poda termin w niepełnych miesiącach, Zamawiający w celu obliczenia punktów będzie zaokrąślał termin w dół do pełnych miesięcy (np. przy zaoferowanym terminie 36,5 miesiąca do obliczenia punktów przyjętych będzie 36 miesięcy). Jeżeli Wykonawca zaoferuje zróżnicowaną gwarancję dla poszczególnych elementów zamówienia, do obliczenia punktów Zamawiający przyjmie najniższą zaoferowaną gwarancję.(...)”.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów, także do fragmentów wzoru umowy (zał. nr 7 do SIWZ).

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu od drugiego do czwartego, Izba uznała niniejsze zarzuty za niezasadne, co skutkowało ich oddaleniem.

W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego, co do udzielonych wyjaśnień przez Przystępującego (pisma Przystępującego z 31.10.2018 r. oraz 13.11.2018 r.), w kontekście ich de facto pozornego charakteru jest zbyt daleko idące, przynajmniej na tym etapie. Przystępujący udzielił odpowiedzi, które w żaden sposób nie zmieniły treści oferty, co w żaden sposób nie jest zakazane. Brak jest także generalnie podstaw do twierdzenia, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Z udzielonych bowiem wyjaśnień wynika, że wszystkie składnik cenotwórcze są zawarte dokładnie w tych pozycjach, które zostały zakwestionowane w żadnych innych (pierwsze wyjaśnienia z 31.10.2018 r.), nadto, Przystępujący wycenił dokładnie taki asortyment jaki oczekiwał Zamawiający zgodnie z dokumentacją projektową (drugie wyjaśnienie z 13.11.2018 r. – m.in. oprawy produkcji Beghelli). Z tych względów przynajmniej na obecnym etapie brak jest podstaw do uznania zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Względem ukierunkowywania przez Zamawiającego wykonawcy co do treści oczekiwanych wyjaśnień odczucie w tym zakresie Odwołującego ma w dużej części charakter subiektywny, gdyż Izba zauważa, że w obu wypadkach wezwania do wyjaśnień były w dużej mierze inspirowane pisemną korespondencją Odwołującego, która poprzedzała wystosowanie stosownych wezwań do Przystępującego (kopie pisma Odwołującego z 24.10.2018 r., 07.11.2018 r., 13.11.2018 r. oraz 23.11.2018 r. skierowanego do Zamawiającego).

W zakresie kolejnego zarzutu, w ocenie Izby podobnie brak jest podstaw do wyciągania, także przynajmniej na obecnym etapie, tak daleko idących wniosków, jak czyni to Odwołujący, co do oferty Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Udzielone wyjaśnienia nie dają dostatecznych i miarodajnych podstaw do formułowania takich twierdzeń, jak Odwołujący w odwołaniu, co do skalkulowania cen jednostkowych poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia oraz na rozprawie, chociażby z tego powodu że wezwania do wyjaśnień nie dotyczyły tych okoliczności i nie były wystosowane w stosownym trybie przynależnym takim okolicznościom.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego i szóstego, Izba uznała że oddaleniu podlega na obecnym etapie jedynie zarzut piąty, a zarzut szósty należy uwzględnić, a w konsekwencji całe odwołanie.

Względem ceny rażąco niskiej w kontekście zakwestionowanych pozycji, to na obecnym etapie zarzut należy oddalić, przy czym jednocześnie Odwołujący wykazał dowodami załączonym do odwołania (oferta Beghelli na dostawę opraw oświetleniowych z 01.10.2018 r., oferty BSW z 03.10.2018 r. wraz z deklaracją - na Regufoam® Sound 10 oraz na Regufoam® Sound 12) zaistnienie konieczności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Należy również podnieść w kontekście wątpliwości Odwołującego z rozprawy, czy ceny jednostkowe mogą być przedmiotem badania w zakresie ceny rażąco niskiej, że: „(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)” (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16).

Jak z powyższego wynika, konieczne jest ustalenie, czy takie ceny są istotną częścią składową ceny ofertowej. Izba podkreśla, że ceny jednostkowe są istotne chociażby z punktu widzenia zaoferowanej gwarancji, która miała dotyczyć także zastosowanych materiałów i wyposażenia. Jest okolicznością bezsporną, że każdorazowe przedłużenie okresu gwarancji ponad standardowy wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie Wykonawcy (dotyczy to także cen jednostkowych). Przystępujący zaoferował w tym wypadku – 60 miesięczny okres gwarancji. Powyższy wymóg związany z gwarancją wynika nie tylko z Rodz. XII SIWZ, który dotyczy kryteriów oceny ofert, ale także ze wzoru umowy – tj. § 14 ust. 1: „Wykonawca udziela Zamawiającemu-miesięcznej gwarancji (zgodnie z ofertą) na wykonane roboty, zastosowane materiały i wyposażenie. (...)”. Podobnie, z punktu widzenia sposobu rozliczenia które będzie miało miejsce między Zamawiającym,

- a Wykonawcą wynikającego z umowy - § 8: „1. Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie kosztorysowe, które wynosi brutto..... zł (słownie: ...), w tym podatek VAT.
2. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie kosztorysu powykonawczego przedstawionego przez Wykonawcę, a następnie zaakceptowanego przez Zamawiającego. Ceny jednostkowe kosztorysu powykonawczego muszą być takie same jak w kosztorysie ofertowym. Zwiększenie ilości jednostek obmiarowych (które zostaną uwzględnione w kosztorysie powykonawczym) w stosunku do kosztorysu ofertowego, musi zostać zaakceptowane przez Zamawiającego przed przystąpieniem do wykonania robót przez Wykonawcę. W przypadku zmniejszenia ilości jednostek obmiarowych w stosunku do kosztorysu ofertowego Zamawiający będzie wymagał uwzględnienia tego faktu w kosztorysie powykonawczym.
3. Wynagrodzenie stanowić będzie sumę iloczynów ostatecznie wykonanych i zaakceptowanych przez Zamawiającego ilości robót budowlanych i ceny jednostkowej za poszczególne roboty określone w wycenionych przez Wykonawcę przedmiarach robót.
4. Wynagrodzenie nie podlega waloryzacji do końca realizacji umowy.”.

Jak z powyższego wynika, mamy do czynienia z kosztorysem powykonawczym, a wynagrodzenie nie podlega waloryzacji do końca realizacji umowy, czyli do 16.08.2019 r. (§ 7 ust. 4 wzoru umowy). Izba podkreśla, że jest to istotne chociażby w związku z daleko idącymi zmianami zachodzącymi na rynku materiałów budowlanych, tj. dynamicznym i ciągłym wzrostem cen w tym zakresie.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp, a dowody załączone do odwołania oraz w dużej mierze enigmatyczność udzielonych przez Przystępującego odpowiedzi (pisma Przystępującego z 31.10.2018 r. oraz 13.11.2018 r.), w ocenie Izby powinny sprawić, że Zamawiający takie postępowanie winien przeprowadzić, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości w zakresie kwestii poruszanych przez Odwołującego. Aktualnie nie jest to możliwe z uwagi na brak dostatecznego i pełnego obrazu sprawy. Izba podkreśla, że sam Przystępujący podczas rozprawy stwierdził, że dostarczone przez Odwołującego cenniki dostawców są zawyżone i że w warunkach rynkowych istnieje możliwość uzyskania bardziej korzystnych cenników. Na skutek nakazanego wezwania w sentencji, Przystępujący będzie miał aktualnie możliwość przedstawienia Zamawiającemu takich cenników, które jak zapewniał na rozprawie w warunkach rynkowych są możliwe do uzyskania. Dotyczy to głównie, choć nie tylko - izolacji akustycznej z maty elastomerowej oraz opraw oświetleniowych, gdzie Odwołujący przedstawił dowody świadczące o daleko idącym zaniżeniu przedstawionej wyceny przez Przystępującego.

Należy podkreślić, że mimo, że nie zaistniały okoliczności obligatoryjne do wezwania wynikające z art. 90 ust.1a Pzp, to w ocenie Izby ceny jednostkowe w zakwestionowanych pozycjach wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Każdorazowo Zamawiający może w takich okolicznościach jeśli poweźmie wątpliwości tego rodzaju wystosować takie wezwanie także jeśli różnice są poniżej 30 %, dotyczy to także istotnych części składowych ceny, czyli cen jednostkowych. Izba w tym zakresie, wzięła pod uwagę daleko idące wątpliwości Odwołującego, które zostały przez niego w sposób wymierny wykazane dowodami (oferta Beghelli na dostawę opraw oświetleniowych z 01.10.2018 r., oferty BSW z 03.10.2018 r. wraz z deklaracją - na Regufoam® Sound 10 oraz na Regufoam® Sound 12). Nadto, zasada przejrzystości oraz równego traktowania winny także przyczynić się do takiego wezwania, tym bardziej, że Zamawiający w dużej mierze „na wiarę” uznał ofertę Przystępującego za wiarygodną, czemu również dał wyraz na rozprawie stwierdzając, iż: *„Przystępujący jest częstym uczestnikiem postępowań u Zamawiającego i wywiązuje się z zobowiązań zawartych w ofertach. Odwołujący, zaś złożył na ten przedmiot zamówienia po raz pierwszy ofertę.”* Izba podkreśla, że stanowisko Odwołującego wyrażane w korespondencji kierowanej do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego dawało także podstawę do takiego wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp (Pismo Odwołującego z 24.10.2018 r. skierowane do Zamawiającego: *„(...)W kosztorysie branży budowlanej pozycja 49d.1.1.12 izolacja akustyczna z maty elastomerowej (według dokumentacji mata grubości 17 mm ułożona bezpośrednio na warstwie styropianu, powinna posiadać zdolność tłumienia dźwięków uderzeniowych $AL_w \Rightarrow 34dB$) w ofercie firmy Al-Due całkowita wartość tej pozycji wynosi $1296 m^2 \times 32,40 = 41990,40$ netto. Sam koszt zakupu tak wyspecyfikowanej zgodnie z dokumentacją maty wynosi wg ofert 160,0 do 180,00 zł m². Reasumując suma poz. 49d.1.1.12 powinna wynosić w rzeczywistości ok. 250000, 00 zł netto (nasza oferta 249218,89 zł netto) wartość tej pozycji w ofercie AL.-DUE została zaniżona sześciokrotnie do jej rzeczywistej wartości.*

W branży elektrycznej:

dział 1.5 - całość działu oświetlenia ma niewiele większą wartość od wartości zakupu opraw zgodnych z dokumentacją i w ofercie AL-DUE wynosi 74420,23 netto, gdzie nasza oferta na sam zakup opraw oświetleniowych zgodnych z dokumentacją, wynosi 71104,40 zł netto przy gwarancji 36 miesięcy (załącznik nr 1) przy zadeklarowanej gwarancji 60 miesięcy należy do ceny doliczyć ok. 15% co daje wartość zakupu 81770,06 zł netto.

Dział 1.7 - poz. 54 do poz. 57 przedstawione koszty całkowite przez firmę AL-DUE są niedoszacowane, ich wartość nie pokrywa nawet części zakupu wymaganych materiałów.

Wartość całego działu wynosi 2845,75 zaś koszt zakupu samego materiału wynosi ok. 12000,00 zł netto.

W branży niskoprądowej:

Dział 2 - urządzenia aktywne z montażem i uruchomieniem ma w ofercie firmy Al-Due wartość 33164,59 zł netto, natomiast sam zakup urządzeń zgodnych z dokumentacją to koszt ok. 40000,00 do 42000,00 zł netto z gwarancją podstawową max. 36 miesięcy. Firma Al.-Due w swojej ofercie zadeklarowała gwarancję 60 miesięcy, więc do kosztu zakupu należy doliczyć około 15% co daje koszt zakupu od 46000,00 do 48300,00 zł netto. (...)", Pismo Odwołującego z 13.11.2018 r. skierowane do Zamawiającego: "(...)w zakresie wyceny maty elastomerowej proponuje kwotę 32,40 zł za m² mimo, iż na rynku sam zakup tego materiału spełniającego wymagania zamawiającego to koszt 160 - 180 zł/m². Zatem ta pozycja kosztorysowa nie obejmuje wszystkich składników cenotwórczych jak tego wymaga siwz. Podobna sytuacja występuje w branży elektrycznej dział 1.5 gdzie całość działu oświetlenia ma niewiele większą wartość od wartości zakupu opraw zgodnych z dokumentacją oraz w branży niskoprądowej dział 2 gdzie urządzenia aktywne z montażem i uruchomieniem wyceniono poniżej kosztów zakupu samych urządzeń. (...)"

Takie wezwanie pozwoliłoby na uzyskanie wyjaśnień o charakterze pełnym, a nie połowicznym, jak ostatecznie miało to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Z tych przyczyn, jak i wobec braku możliwości automatycznego odrzucenia oferty Wykonawcy w trybie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp bez wcześniejszego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie Izba podkreśla, na konieczności załączenia dowodów do nakazanych wyjaśnień, Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność”.

Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja w zakresie, ale tylko i wyłącznie w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(...) Izba przypomina za orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16)(...)”

Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko Przystępującemu.

Nadto, Izba przypomina za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15: „(...) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Przy czym, należy pamiętać na umiar i rozsądek wskazując za wyrokiem KIO z 19.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2586/17: „Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał.”. Dodatkowo, wskazując, że w wypadku zaistnienia braku przedłożenia - oczekiwanego wyliczenia ceny, kalkulacji. Jak wskazała KIO w wyroku z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: „(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu szóstego, Izba jako konsekwencje uwzględniała także zarzut pierwszy, który także nie pozostawał bez wpływu na uwzględnienie odwołania przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:





Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność


VICEPREZIS
Krajowej Izby Odwoławczej
Emil Kurjata