

**WYROK**  
**z dnia 8 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:** **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą** Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe SIGMA M. B. w Niegowej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Niegowa w Niegowej przy udziale wykonawcy J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G. w Kamienicy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Niegowa w Niegowej unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty złożonej przez **M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą** Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe SIGMA M. B. w Niegowej na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Niegowa w Niegowej i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą** Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe SIGMA M. B. w Niegowej tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Gminy Niegowa w Niegowej na rzecz **M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą** Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe SIGMA w Niegowej kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019

poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Niegowo w Niegowej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa wodociągu wraz z przyłączami w granicy pasa drogowego drogi powiatowej w miejscowości Bliżyce - etap Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 775965-N-2020 30 grudnia 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G. w Kamienicy i odrzucił ofertę złożoną przez M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe SIGMA w Niegowej M. B., która wniosła odwołanie 15 marca 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ocenę, że oferta złożona, przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy złożona przez odwołującego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, jest w całości zgodna z treścią SIWZ i wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania i przez to nie powinna podlegać odrzuceniu;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta złożona przez odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane j przedłożone na rozprawie,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wykonawca J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU INSTAL-

BUDOTECH J. G. w Kamienicy przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 29 marca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z 29 marca 2021 r. do zarzutów odwołania odniósł się przystępujący.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający wszczął postępowanie na przebudowę wodociągu wraz z przyłączami w granicy pasa drogowego drogi powiatowej w miejscowości Biżyce - etap I. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 775965-N-2G20 30 grudnia 2020 r. Termin składania ofert został wyznaczony pierwotnie na dzień 19 stycznia 2021 r., następnie przedłużony, upłynął 2 lutego 2021 r.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 2.441.615, 45 zł netto (3.001.163, 01 zł brutto). Przed otwarciem oferta zamawiający podał kwotę, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia – 2.309.148 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, którzy za wykonanie zamówieni wskazali ceny:

1. Inżynieria Sanitarna Z. K. w Jerzmanowicach - 2.269.625 zł;
2. Firma Projektowo-Budowlana „PION” S. C. M. D., E. O. w Siedliskach - 2.164.800 zł;
3. Sieci Wodne i Kanalizacyjne M. B. w Stanowiskach – 1.248.450 zł;
4. P.U.H.P. „INST-GAZ” M. K., J. N., S. J. Sp. j. w Jaskrowie - 2.258. 280 zł;
5. Przystępujący - 1. 797 983,73 zł;
6. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „SANGAŻ” W. P. w Częstochowie - 3.336.105,63 zł;
7. Odwołujący - 1.697.400 zł.

Pismem z 16 lutego 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie ceny jego oferty. Oświadczył, że cena tej oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że cena oferty odwołującego jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania, która wynosi 3 001 163,01 zł brutto i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie zastosowanej stawki roboczogodziny oraz cen materiałów. Zamawiający sugerował przedstawienie kalkulacji w formie kosztorysu ofertowego wykonanego metodą szczegółową i wskazał, że w odpowiedzi należy wskazać wszelkie informacje, które mogą być istotne do zweryfikowania ceny oferty. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp kwestie, które można poruszyć w wyjaśnieniach mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z 22 lutego 2021 r. Wskazał, że cena jego oferty została oparta na rzetelnych kalkulacjach, dla których podstawą były: dokumentacja projektowa i wszystkie warunki i wymagania zawarte w SIWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami na zadane w trakcie postępowania pytania, specyfikacja techniczna, określenie nakładów (R+S) wg stosownych Katalogów Nakładów oraz wyliczenie kosztów z uwzględnieniem elementów" kosztotwórczych, stawki robocizny i sprzętu, oferty wykonawców usług towarzyszących i pomocniczych. Wyjaśnił, że na wysokość zaproponowanej przez nas ceny miała również wpływ wizja w terenie projektowanego wodociągu.

Odwołujący oświadczył, że oferta cenowa jest wiarygodna i adekwatna do obecnych realiów rynku usług budowlanych i konkurencji, a zaproponowana cena jest wyższa niż koszty wytworzenia usług i robót objętych ofertą i zapewnia zysk. Podał, że materiał z którego zaprojektowano budowę wodociągu zgodnie z dokumentacją projektową to rura Ø 160 i Ø125 PE100 RC SDR 11, że posiada dostawców rur od trzech producentów tj. Wavin i K. i Elplast. Koszt rury Ø 125 PE100 RC SDR 11 w zależności od producenta i posiadanych przez kontrahentów rabatów kształtuje się od 28 - 35 zł netto/mb. Koszt rury Ø 160 PE 100 RC SDR 11 wynosi od 44 - 58 zł netto/mb. Koszt posadowienia rur o średnicy 160 i 125 mm w zależności od warunków gruntowych kształtuje się od 25-90 zł/mb.

Odwołujący wyjaśnił, że wizja w terenie, jak również udzielona odpowiedź dotycząca warunków geologicznych pozwala przyjąć warunki gruntowe za sprzyjające. Zakładając maksymalne stawki i niesprzyjające warunki gruntowe koszt wybudowania rurociągu kształtuje się na poziomie ok. 190 zł netto/mb. wraz z kosztami pośrednimi w wysokości 20 % i pozwala wypracować zysk na poziomie 8%.

Odwołujący wskazał, że jego cena 1.697.400,00 zł brutto daje cenę jednostkową ok. 209 zł netto/mb za kompletną sieć wodociągową i ok. 5.630 zł netto za 1 kompletne przyłącze wody do betonowej studni wodomierzowej z wodomierzem i oprogramowaniem zdalnego odczytu wraz z odtworzeniem terenu - wg dokumentacji projektowej.

Odwołujący poinformował, że nie korzysta z pomocy publicznej i dysponuje legalnie zatrudnionymi w pełnym wymiarze na umowy o pracę, stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, o wszechstronnych kwalifikacjach łącznie ze skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego, gwarantuje to optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe kształtujące się na poziomie 20%. Dzięki

dobrze zorganizowanym brygadam roboczym przewidujemy sprawne wykonanie zakresu zadania, co również przekłada się na oszczędności w postaci niższej liczby roboczogodzin. Wyjaśnił, że to pozwoli sprawnie i terminowo przeprowadzić realizację robót budowlano-montażowych. Kwota oferty uwzględnia wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia i stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia. Odwołujący podał, że z uwagi na duży udział i zakres usług na rynku usług budowlanych, zwłaszcza w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym i ochrony środowiska, współpracę ze stałymi dostawcami materiałów budowlanych i podmiotami świadczącymi usługi okołobudowlane, mogliśmy przy dokonaniu wyceny oferty wynegocjować korzystne stawki, ceny i marże handlowe, które pozwoliły nam uzyskać satysfakcjonujące wskaźniki cenowe bez obniżenia jakości materiałów przewidzianych do zabudowy i prowadzonych robót.

Podkreślił, że kolejnym istotnym czynnikiem, który pozwolił oszacować cenę na tym poziomie jest okoliczność dysponowania własnym zadbanym technicznie parkiem maszynowym. Pozwala to przede wszystkim dbać o środowisko poprzez m.in. brak wycieków oleju, niską emisję spalin i hałasu. W celu zapewnienia porządku na placu budowy, powstałe odpady będą na bieżąco wywożone do utylizacji.

Odwołujący poinformował, że planuje zrealizować zamówienie przy udziale podwykonawcy w części dotyczącej wykonania przewiertu horyzontalnego sterowanego oraz że posiada zdecydowaną większość maszyn niezbędnych do wykonania zamówienia: koparko ładowarki, urządzenia do przycisków pneumatycznych pod drogami, zagęszczarki, młoty pneumatyczne, piły do asfaltobetonu, agregaty, zgrzewarki są własnością naszej firmy.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia i pismem z 9 marca 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp (podstawa prawna została następnie sprostowana). W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wyjaśnił, że załączony do wyjaśnień, szczegółowy kosztorys ofertowy, potwierdza wątpliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w częściach składowych dotyczących :

- poz. 50 - brak wyceny materiału: zestawu wodomierzowego (wodomierza, 2 zaworów oraz zaworu antyskażeniowego),
- poz. 35 - brak wyceny wydajności hydrantów (podano cenę 0 zł),
- poz. 36 - brak wyceny dostawy i zabudowy w studni żelbetowej fi 1200 reduktora ciśnieniowego na sieci (podano cenę 0 zł).

W związku z powyższym zamawiający uznał, że wykonawca nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, a konstruując wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na terminach o dużym stopniu ogólności, nie popierając ich jednocześnie precyzyjnymi i wyczerpującymi w swej treści danymi w oczywisty sposób uzasadniającymi zaoferowanie niskiej ceny. Wskazał, że wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów dotyczących wyliczenia składników cenotwórczych, np. w zakresie bardzo niskich ceny sprzętu lakonicznie tłumaczy, że posiada sprzęt własny, jeżeli chodzi o bardzo niską cenę wykonania przewiertu sterowanego tłumaczy, że planuje wykonać ten przewiert przy współudziale podwykonawcy, ale nie załącza nawet wstępnej oferty

podwykonawcy, która uzasadniałaby przyjęcie tak niskiej ceny. Podobnie postępuje z cenami za materiały. Są one bardzo niskie, a wykonawca nie załączył nawet wstępnej oferty cenowej od producenta, mimo że w wyjaśnieniach wspomina o wynegocjowaniu satysfakcjonujących cen. Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, wyjaśnienia udzielone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. W opinii zamawiającego wykonawca nie obronił swojej oferty w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny i postanowił odrzucić jego ofertę.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba dokonała powyższych ustaleń na podstawie dowodów z pism znajdujących się w dokumentacji postępowania.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że odwołanie nie podlega rozpoznaniu. Zdaniem odwołującego brak wykazania, że Pan M. B. jest jedną z osób uprawnionych do bycia pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym wskazanych w art. 510 nPzp oznacza, że odwołanie powinno zostać zwrócone. Izba nie podziela tego poglądu. Po pierwsze, braki w zakresie umocowania do wniesienia odwołania podlegają uzupełnieniu. Stosowną podstawę prawną zawiera art. 511 ust. 2 i 3 Pzp. Po drugie, Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że Pan M. B. nie należy do kręgu osób legitymowanych do wniesienia odwołania. Ustawodawca nie nakazał, aby pełnomocnik być z reprezentowanym przez niego podmiotem w stałym stosunku zlecenia, co pozwala na szeroką wykładnię tej przesłanki.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci

utrąty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała odwołanie ściśle w granicach podniesionych w nim zarzutów, które odnosiły się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego podanego w informacji z 9 marca 2021 r. i pominęła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie przekraczającą ramy tej informacji oraz oświadczenia składane z przekroczeniem tych granic na rozprawie.

Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dostrzec trzeba, że przywołany przepis realizuje podstawowe zasady procedury odwoławczej: równości stron oraz kontrydiktoryjności. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 nPzp przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany przez przepisy ustawy, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby może być wyłącznie ta czynność lub zaniechanie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie czynności lub zaniechania. O treści zarzutu odwołania decydują bowiem wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne, a te z kolei mają swe źródło w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana przez zamawiającego z uwagi na okoliczności wskazane w uzasadnieniu i spór powinien być prowadzony w ich granicach, w przeciwnym razie zakres sporu byłby definiowany na etapie rozprawy, co uniemożliwiłoby rzetelne przygotowanie się stron i uczestnika.

Izba zważyła, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego jako podstawę prawną wskazuje art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp. Ta nieprawidłowa podstawa prawna została skorygowana. Prawidłową podstawę prawną działania zamawiającego stanowi art. 90 ust. 3 Pzp albo art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie przesądził wprost, która z dwóch przesłanek wymienionych w tym przepisie legła u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty. Jednak skoro odwołujący udzielił wyjaśnień, w ocenie Izby w grę wchodzi druga z nich, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te potwierdzają rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy.

Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. Tymczasem w badanym postępowaniu odwołujący odpowiedział na żądania zamawiającego i podał żądane przez niego



informacje. Wskazał na koszty materiałów, robocizny oraz odniósł się do pozostałych elementów mających znaczenie dla ceny oferty powołanych przez zamawiającego w ślad za art. 90 ust. 1 Pzp. Załączył również kosztorys szczegółowy żądany przez zamawiającego. Zamawiający otrzymał zatem wyjaśnienia konkretne, a przede wszystkim adekwatne do wezwania, które skierował do odwołującego. Jeśli zdaniem zamawiającego niektóre z podanych informacji wymagały doprecyzowania, zamawiający mógł i powinien był wystąpić do odwołującego o wyjaśnienia uzupełniające. Wyjaśnienia takie dotyczyłyby bowiem informacji już podanych w wyjaśnieniach udzielonych pierwotnie.

Na rozprawie zamawiający negując taką możliwość oświadczył, że działanie takie stanowiłoby preferowanie odwołującego. Idąc tokiem tego rozumowania Izba zwróciła się uwagę na badanie przez zamawiającego ceny oferty przystępującego i skonstatowała, że zamawiający wyjaśniał cenę tej oferty w sposób, którego odmówił odwołującemu. Działanie takie godzi w zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba dostrzegła, że na wezwanie o takiej samej treści, jak skierowane do odwołującego, przystępujący udzielił wyjaśnień w części opisowej mniej szczegółowych niż odwołujący. Przystępujący załączył wprawdzie oferty dotyczące materiałów, jednak nie spełnił wymagań zamawiającego dotyczących kosztorysu, załączył bowiem kosztorys nie wskazujący kosztów pośrednich oraz zysku. Zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia kosztorysu, zatem - jeśli chciał uzyskać potwierdzenie cen rur podanych przez odwołującego w wyjaśnieniach lub informacje dotyczące ceny oferty podwykonawcy - mógł i powinien był wystąpić do odwołującego o uzupełnienie wyjaśnień. Zwraca uwagę, że zamawiający w kolejnym piśmie z 8 marca 2021 r. żądał od przystępującego wyjaśnień doprecyzowujących rodzaj materiału, z którego mają być wykonane rury wycenione przez przystępującego, gdyż informacji tej przystępujący nie podał. Zamawiający żądał również wyjaśnień dotyczących zmiany średnicy rur w poz. 43 oraz niskiej ceny sprzętu (dowody: pisma zamawiającego i odpowiedzi przystępującego w aktach sprawy). Wobec takich działań zamawiającego argumentacja podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, zwłaszcza że przystępujący odnosząc się do cen sprzętu podał zasadniczo te same informacje, które przekazał już zamawiającemu w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego, który w sytuacji złożenia przez dwóch wykonawców zbliżonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jednego z nich dwukrotnie wzywa do wyjaśnień uzupełniających co do istotnych kosztowo elementów ceny oferty, a ofertę drugiego z nich odrzuca *a limine*, nie zasługuje na aprobatę.

Nie można się zgodzić z tezą o zbyt ogólnych wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący odpowiedział adekwatnie do wezwania podając żądane informacje. W uzasadnieniu odrzucenia oferty i na rozprawie zamawiający eksponował również kwestię braku złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Dostrzec jednak trzeba, że przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający oczekiwał kosztorysu szczegółowego, jako podstawowego dowodu potwierdzającego

prawidłowość obliczenia ceny oferty, i dowód ten został mu złożony. Zamawiający nie wskazał, żadnych powodów, dla których uznał, że cena oferty odwołującego lub poszczególne grupy kosztów zostały rażąco zaniżone. W szczególności nie odniósł się do cen jednostkowych ok. 209 zł netto/mb za kompletną sieć wodociągową i ok. 5.630 zł netto za 1 kompletne przyłącze wody. Ponownie Izba wskazuje, że jeśli zamawiający nie potrafił ocenić kosztów materiałów podanych przez odwołującego lub kosztów sprzętu, mógł i powinien był wystąpić o wyjaśnienia uzupełniające.

Izba zważyła, że wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnień tych nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne. Odwołujący odniósł się do elementów składowych istotnych dla obliczenia ceny swojej oferty: pracy, posiadanego sprzętu, materiałów, sprostawszy zatem wynikającemu z art. 90 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązkowi wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Ocena tych wyjaśnień nastąpiła zatem z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Zamawiający pominął przy tym, że o aktualnej sytuacji rynkowej świadczy przede wszystkim poziom cen ofert w postępowaniu. Różnica ceny oferty odwołującego w stosunku do cen wszystkich złożonych ofert nie przekracza 20%, co przeczy tezie o rażącym zaniżeniu ceny tej oferty. Zamawiający jest wprawdzie zobowiązany zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp do tego, aby wystąpić do odwołującego o wyjaśnienia ceny jego oferty, gdyż cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz mógł to uczynić zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jednak nie mógł tracić z pola widzenia poziomu cen wynikających ze złożonych ofert oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Brak jest też jakichkolwiek podstaw by z góry zakładać, że trzy pozycje kosztorysowe, gdzie odwołujący podał cenę jednostkową 0 zł przesądzają o rażącym zaniżeniu ceny oferty. To twierdzenie zamawiającego poza arytmetycznym odniesieniem się do relacji dokonanego przez siebie szacunku, którego nieadekwatność zamawiający sam uznał, zmniejszając kwotę podaną przed otwarciem ofert w stosunku do oszacowanej przez siebie wartości, pozostało całkowicie gołosłowne.

Skoro wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdzają rażąco niskiego charakteru ceny jego oferty, zamawiający odrzucając tę ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp oraz art. § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), uwzględniając koszty wynagrodzenia i dojazdu na posiedzenie pełnomocnika odwołującego.

**Przewodniczący:** .....