

**WYROK**  
**z dnia 22 września 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Stare Babice

przy udziale wykonawcy Delta S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2516/21 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i:
  - a) nakazuje Zamawiającemu Gminie Stare Babice unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Delta S.A. z siedzibą w Warszawie,
  - b) nakazuje Zamawiającemu Gminie Stare Babice odrzucenie oferty wykonawcy Delta S.A. z siedzibą w Warszawie,
  - c) nakazuje Zamawiającemu Gminie Stare Babice dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Delta S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Stare Babice na rzecz wykonawcy Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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.....**

**Sygn. akt: KIO 2516/21**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Stare Babice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Rozbudowa ul. nonowej w Koczargach Nowych i Koczargach Starych - Cz. 1. Branża drogowa, Nr sprawy: WIZIF.271.12.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00099673/01 z dnia 30 czerwca 2021 r.

W dniu 19 sierpnia 2021 r. Odwołujący: Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy DELTA S.A. z siedzibą w Warszawie,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Delta,  
co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ, jak również wynikających z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 sierpnia br. i zawartego tam rankingu ofert, ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Zaskarżonym czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

w odniesieniu do wykonawcy Delta:

- naruszenie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz 224 ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Delta z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że wykonawca był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny w Postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska,
- naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta pomimo, że treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób wprost niezgodny z

wymaganiami SWZ, co obliguje do odrzucenia oferty której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wnosił o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

Dodatkowo, zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu przy odrzuceniu oferty wykonawcy Delta z powodu niewykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także niezgodności z warunkami zamówienia.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia ceny oferty Delta na wezwanie Zamawiającego złożone przez wykonawcę Delta w dniu 6.08.br. były ogólnikowe i nie zawierały pełnych ani wymaganych w wezwaniu informacji, ani tym bardziej dowodów. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do oświadczeń i zapewnień.

Wskazał, że obliczenie, jakie zaprezentował konkurent w wyjaśnieniach, dotyczy wyłącznie założonej łącznej puli roboczogodzin i stawki roboczogodziny. Jednocześnie poza ogólnikowym obliczeniem, wykonawca tamten nie przedstawił w zakresie ilości i stosowanych stawek wynagrodzenia personelu jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący zauważył, że według założeń Zamawiającego w udostępnionych przedmiarach i kosztorysach inwestorskich, przyjęta w zakresie robót drogowych ilość roboczogodzin wynosiła 22.530 godzin (Delta w wyjaśnieniach 9.600 godzin), a w zakresie robót branży sanitarnej 30.177 godzin (Delta w wyjaśnieniach 6.400 godzin).

Ponadto stwierdził, że wykonawca Delta wyjaśniając koszty personelu próbował zestawiać ze sobą stawkę minimalnego wynagrodzenia personelu (błędnie ustalona jako 18,30zł - to stawka dla umów cywilnoprawnych, a nie wymaganych w SWZ umów o pracę) z zupełnie innym kosztem - nakładem pracy oraz wysokości kwoty przeznaczonej w ramach realizacji zamówienia wynagrodzenia oraz pozostałe ponoszone przez wykonawcę koszty osobowe.

Przyznał, że pozornie mogłoby wynikać z tego zestawienia, że stawka 40,65 zł to stawka wynagrodzenia pracownika, podczas gdy tak faktycznie nie jest, skoro ta podana wartość jest odniesieniem do wartości całej oferty, wraz z rezerwą 2% na sprawy nie przewidziane w kosztorysie oraz wszystkimi kosztami pośrednimi budowy, wynagrodzeniem personelu nadzoru, zyskiem wykonawcy, kosztami pracodawcy.

Zaznaczył również, że w zakresie kosztów wynikających z przepisów o ubezpieczeniach społecznych wykonawca poprzestał na oświadczeniu o ich uwzględnieniu, a także oświadczył, że uwzględnił w swojej ofercie konieczność poniesienia wydatków związanych z przestrzeganiem zasad bezpieczeństwa i higieny pracy - jednak poza zapewnieniem, na jakiegokolwiek konkretne koszty i ich poziom nie wskazał.

Podniósł, że wykonawca Delta odwołując się do jego zdaniem ogólnej sytuacji rynkowej, faktycznie przyznał się do zaniżonej kalkulacji kosztów wg zasady „uzyskać zamówienie za wszelką cenę”:

Ze względu na obecną sytuację gospodarczą i sytuację w branży budowlanej charakteryzuje się niską podażą i wysokim popytem (mała ilość przetargów publicznych i ograniczone inwestycje komercyjne), zaistniała konieczność rezygnacji z większych zysków w celu pozyskania zamówienia i zapewnienia pracy zatrudnionym pracownikom.

Zaznaczył, że w ramach optymalizacji Wykonawca ten odwołał się do takich czynników jak :

- a) zysk z utylizowanego we własnym zakresie gruzu (przetwarzany na łamane kruszywo drogowe, - wykonawca pomija jednocześnie konkretne koszty utylizacji (przetworzenia) oraz transportu.
- b) zysk ze sprzedaży kruszywa.

Podkreślił przy tym, że Wykonawca pominął całkowicie treść wyjaśnień SWZ:

Pytanie nr 3:

Czy materiały z rozbiórki i frezowania stają się własnością wykonawcy?

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami Projektowanych postanowień umownych:

1. materiały z rozbiórki należą do Zamawiającego. Jeżeli jakieś materiały z rozbiórki Zamawiający wraz z inspektorem nadzoru zakwalifikują jako odpady Wykonawca będzie miał obowiązek je wywieźć i zutylizować zgodnie z obowiązującym prawem w tym zakresie. Jeżeli materiały z rozbiórki zostaną zakwalifikowane do odzysku Wykonawca będzie miał obowiązek złożyć go na terenie wskazanym przez Zamawiającego;

2. istniejącą nawierzchnię bitumiczną należy sfrezować, powstały destrukcję należy przewieźć w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie gminy.

Tym samym potwierdził – według Odwołującego, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z SWZ, a jednocześnie nie ma możliwości zoptymalizowania w ten sposób ceny ofertowej.

Jeżeli chodzi o karczowanie drzew i krzewów oraz stwierdzenie wykonawcy konkurencyjnego, że specjalistyczne firmy oferują wycinkę za darmo lub za relatywnie niską cenę w zamian za pozyskany materiał Odwołujący podniósł, że poza twierdzeniami nie przedstawiono w tym zakresie żadnych konkretnych ofert ani też wycień.

Wskazał przy tym, że zgodnie z Załącznikiem do SWZ - Operat szacunkowy Rzeczoznawca majątkowy ustalił wartości netto drewna, jaką można pozyskać ze ściętych drzew na kwotę 8246,31 zł. Trudno uznawać taką wartość za podstawę do realnej optymalizacji ceny oferty w przetargu o wartości (wg oferty Delta) 7 mln zł.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w odniesieniu do wycinki wykonawca zamierza powierzyć wykonanie prac specjalistycznej firmie, która ma wyciąć drzewa za darmo w zamian za pozyskanie surowca, podczas gdy i tak to wykonawca poniesie koszt materiału w stawce, o której mowa w operacie - za ten materiał należy zapłacić Zamawiającemu 8.246,31 zł plus podatek VAT.

Złożone wyjaśnienie dowodzi – według Odwołującego, że wykonawca nie zapoznał się z SWZ, a przedstawione wyjaśnienia ceny potwierdzają, że koszty te nie zostały w ofercie uwzględnione, a wręcz zostały wprost pominięte.

Ponadto, argumentował, że poza zapewnieniem o „specjalistycznych firmach” w wyjaśnieniach brak jest jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność, jak też wyjaśnienie nie zawiera żadnych dowodów/ofert w tym zakresie, które pozwoliłyby ocenić realność deklaracji wykonawcy. Skoro wykonawca w wyjaśnieniach powołuje się na nadzwyczajne okoliczności, które pozwalają w znaczący sposób obniżyć wycenę, ma obowiązek okoliczności te wykazać i udokumentować, a nie poprzestawać na gołosłownych twierdzeniach. .

Dalej, podniósł, że w zakresie sprzętu wykonawca Delta ograniczył się do oświadczenia o dysponowaniu takim, jednak żadne konkretne koszty pracy sprzętu i operatorów, jakie przyjęto dla kalkulacji ceny ofertowej nie zostały przedstawione.

Zwrócił również uwagę na oświadczenie DELTA S.A., w którym ten zapewniał, że posiada własną i bogatą bazę sprzętową i transportową, która jest niezbędna i w pełni wystarczająca do realizacji robót, co pozwala proponować w przetargach konkurencyjne ceny w związku z powstałymi oszczędnościami (brak konieczności bazowania na droższym wynajmie maszyn budowlanych i samochodów).

W związku z tym zarzucił, że poza zapewnieniem o bogatej bazie i bliżej nieokreślonym znaczącym obniżeniu kosztów robót nie wskazano żadnych konkretnych wliczeń.

Odnosnie kosztów materiałów Odwołujący wskazał, że wykonawca Delta ograniczył się do oświadczenia o posiadaniu bliżej nieokreślonych rabatów. Nie wskazano ani na poziom wyceny materiałów na potrzeby przedmiotowego postępowania, ani żadnych konkretnych dowodów dotyczących ofert materiałowych.

Odnosnie podnoszonego źródła obniżenia kosztów dotyczącego wykonania stabilizacji na miejscu, Wykonawca wskazał jedynie, że ma taki zamiar, co ma przełożyć się na obniżenie kosztów, jednak w jaki konkretnie sposób i na jakim poziomie nie wykazał w żaden sposób, poprzestając na gołosłownym zapewnieniu.

W związku z tym Odwołujący podkreślił, że te wyjaśnienia SWZ były znane wszystkim wykonawcom składającym ofertę w tym postępowaniu, a każdy z nich pod warunkiem posiadania lub nawet wynajęcia takiego sprzętu do wykonania stabilizacji „na miejscu” założył takie obniżenie kosztów wykonania stabilizacji.

Zdaniem Odwołującego - Delta w wyjaśnieniach nawet nie przedstawił, jaki to profesjonalny sprzęt posiada i jaki jest poziom kosztów wykorzystania takiego sprzętu w celu wykonania tych prac i na czym ma konkretnie polegać ta optymalizacja.

W odniesieniu do powołanych dowodów dotyczących wyceny ofertowej, gdzie mają nimi być wg wykonawcy:

5. dowody:

Potwierdzeniem okoliczności wskazanych w powyższych wyjaśnieniach DELTA S.A. są następujące dowody:

- tabela elementów scalonych zawierająca wskazanie poszczególnych elementów składających się na określenie ceny: element składowy oferty przetargowej Załącznik nr 1a do SWZ - Tabela elementów scalonych.

- bogata baza sprzętowa oraz prawie 30 letnie doświadczenie w zakresie wycen i optymalizacji kosztów realizacji budów, podniósł, że nie złożono przy tym wraz z wyjaśnieniami faktycznie jakichkolwiek dowodów.

Ponadto, zdaniem Odwołującego - wykonawca pominął w wyjaśnieniach całkowicie konkretne i jednoznaczne oczekiwania Zamawiającego odnoszące się m.in. do informacji dotyczących kalkulacji w zakresie nakładów rzeczowych, cen materiałów, kosztów pracy sprzętu, kosztów transportu.

W ocenie Odwołującego - wykonawca Delta całkowicie zbagatelizował wezwanie do wyjaśnień ceny. Wyjaśnienie nie zawiera żadnych konkretnych informacji nt. kalkulacji ceny oferty i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw związanych z realizacją robót budowlanych.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca Delta pominął również w wyjaśnieniach koszt dodatkowych obowiązków wskazanych w projekcie umowy, wykonanie których Zamawiający nakłada na wykonawcę podczas realizacji kontraktu wyszczególnionych w paragrafie 1 ust.4 podpunkty od 3 do 28.

Dodatkowo wskazał, że wobec sformułowania wezwania, automatycznie na wykonawcę wezwanego do udzielenia wyjaśnień przechodzi ciężar dowodu i wykazania realności i rzetelności kalkulacji.

Odwołujący wskazał, że złożona w postępowaniu oferta nie zawiera szczegółowych wycen, a zatem konieczne dla wyjaśnienia i dowiedzenia skutecznie, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, było zaprezentowanie konkretnych źródeł pochodzenia kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienie ceny nie zawiera nawet tak podstawowego dokumentu potwierdzającego sposób kalkulacji oferty jak kosztorys. Brak tego dokumentu przy wyjaśnieniach uniemożliwia całkowicie ocenę kompletności wyceny oraz jej realności. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach informuje wprost o założonej rezerwie w wysokości 2% na sprawy nie przewidziane w kosztorysie. ale takiego kosztorysu nie przedkłada (strona 1 wyjaśnień tabelka pod punktem 1).

Wobec tego – zdaniem Odwołującego - Zamawiający faktycznie pozbawiony został więc absolutnie podstawowego narzędzia weryfikacji rzetelności wyceny, a szczątkowe dane zawarte w wyjaśnieniach i deklaracje o kosztach robocizny nie pozwalają na ocenę.

Podkreślił, że zgodnie z przyjętym orzecnictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu. Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W przekonaniu Odwołującego - treść wezwania Zamawiającego na konkretne oczekiwania wskazuje, jednak wykonawca zbagatelizował wezwanie.

W ocenie Odwołującego - faktycznie doszło w postępowaniu do sytuacji, gdy wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca zaniechał złożenia wyjaśnień i dowodów co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

W przekonaniu Odwołującego - wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny miał zatem obowiązek przedstawienia wyjaśnień zawierających konkretne dane odnośnie poszczególnych elementów cenotwórczych, które winny zostać poparte dowodami załączonymi do wyjaśnień.

Zastrzegł przy tym, że możliwość wystosowania do wykonawcy uzupełniającego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy na gruncie konkretnych wyjaśnień wykonawcy powstała potrzeba doprecyzowania pewnych szczegółowych wyjaśnień.

Złożenie przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie skutkuje – w ocenie Odwołującego - brakiem możliwości wystosowania do wykonawcy wezwania o wyjaśnienia uzupełniające. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Wyjaśnienia ceny nie zawierały żadnych konkretnych danych, w tym w odniesieniu do co najmniej podstawowych elementów składowych ceny.

Zdaniem Odwołującego - nie sposób podzielić stanowiska, że przy tak sformułowanym wezwaniu Zamawiający powinien uznać za wystarczające jakiegokolwiek wyjaśnienia, w tym wyjaśnienia tak ogólnikowe i gołosłowne, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Wywodził, że zakaz kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niewystarczające, wynika z przepisów art. 224 Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia.

Po drugie zauważył, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjął, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że wobec faktycznego braku jakichkolwiek rzetelnych i konkretnych wyjaśnień ceny oraz dowodów potwierdzających ją, uznać należy, że odrzucenie oferty wykonawcy Delta stało się obligatoryjne bez możliwości jego sanowania.

Odwołujący zarzucił również niezgodność treści oferty Delta z warunkami zamówienia w treści wyjaśnień ceny, gdzie zaproponowano zastosowanie innej technologii niż wymagana w SWZ, czy też zastosowanie innych materiałów, czy sposobu rozliczenia należy ocenić pod względem zgodności treści oferty z SWZ.

Odwołujący uważał, że wycena według innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Zasadność oceny prawidłowości skalkulowania ceny dotyczy tylko kwestii, kiedy oferta w tym zakresie jest zgodna z SWZ.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący stwierdził, że Przystępujący dokonał wyceny jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu technologii wprost niezgodnej z wymaganiami SIWZ, bowiem złożone wyjaśnienia potwierdzają - w odniesieniu do źródeł przyjętych optymalizacji kosztów wyceny oferty takich jak szczegółowo opisane powyżej:

- a) zysk z utylizowanego we własnym zakresie gruzu (przetwarzany na łamane kruszywo drogowe,
  - wykonawca pominął jednocześnie konkretne koszty utylizacji (przetworzenia) oraz transportu.
- b) zysk ze sprzedaży kruszywa

- wykonawca pominął całkowicie treść wyjaśnień SWZ w których jednoznacznie wskazano, że wszelkie materiały z rozbiórki i frezowania pozostają materiałem stanowiącym własność Zamawiającego:

Pytanie nr 3:

Czy materiały z rozbiórki i frezowania stają się własnością wykonawcy?

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami Projektowanych postanowień umownych:

1 . materiały z rozbiórki należą do Zamawiającego. Jeżeli jakies materiały z rozbiórki Zamawiający wraz z inspektorem nadzoru zakwalifikują jako odpady Wykonawca będzie miał obowiązek je wywieźć i zutylizować zgodnie z obowiązującym prawem w tym zakresie. Jeżeli materiały z rozbiórki zostaną zakwalifikowane do odzysku Wykonawca będzie miał obowiązek złożyć go na terenie wskazanym przez Zamawiającego;

2. istniejącą nawierzchnię bitumiczną należy sfrezować, powstały destrukct należy przewieźć w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie gminy.

c) wycinka drzew - gdzie wykonawca pomija całkowicie, że za przejęte drzewo musi zapłacić Zamawiającemu, a przyjmuje, że wykona zamówienie firmą specjalistyczną, która za darmo/za wartość materiału dokona wycinki.

W ocenie Odwołującego - powyższe potwierdza niezgodność z warunkami zamówienia, co obliguje do odrzucenia oferty Delta. .

W przedmiotowej sprawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Delta S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Przystępującym), który w swoim piśmie procesowym z dnia 20 września 2021 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 20 września 2021r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym o treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, w oparciu o ofertę Przystępującego i o treść odwołania, wezwanie Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2021 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez tego Przystępującego wyjaśnienia z dnia 6 sierpnia 2021 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 sierpnia 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie

z dnia 30 września 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 30 września 2021 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 8 oraz art.224 ust.6 ustawy Pzp oraz art.224 ust.5 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę i ofertę nie spełniającą warunków zamówienia.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że wartość przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 13 803 393,90 zł zgodnie z protokołem postępowania w trybie podstawowym.

Nadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1. oferta Przystępującego z ceną brutto: 6 933 446,11 zł,
2. oferta Odwołującego z ceną brutto: 7 972 967,96 zł,
3. oferta wykonawcy Granar sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto: 8 939 192,61 zł,
4. oferta wykonawcy INSTAL-NIKA Sp. z o.o. sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie z ceną brutto: 6 947 040,00 zł.

Przy czym oferta tego ostatniego wykonawcy została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny, a środek ochrony prawnej od tej czynności nie został przez tego wykonawcę wniesiony.

Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w część 1 - branża drogowa w wysokości 9 500 000 zł brutto.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający, działając w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021

r. poz. 1129 dalej „ustawa pzp”) w związku z tym, że cena całkowita oferty złożonej przez Wykonawcę (Przystępującego) była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zwrócił się pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r. o udzielenie wyjaśnień, dotyczących ceny ofertowej brutto zaoferowanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa ul. Klonowej w Koczargach Nowych i Koczargach Starych”.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp należało uwzględnić:

- 1) ewentualne wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związane z realizacją robót budowlanych;
- 2) zgodność z przepisami dotyczącymi 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;
- 3) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Nadto, w piśmie tym Zamawiający zastrzegł, że **wyjaśnienia powinny zawierać również informacje dotyczące kalkulacji w zakresie nakładów rzeczowych, cen materiałów, kosztów pracy sprzętu, kosztów transportu**, kosztów pracowniczych i innych elementów jakie zostały założone przy określaniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający powiadomił Przystępującego, że w celu wyjaśnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca musi przedstawić dowody w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienie w tym dowody powinny zawierać szczegółowe dane, na podstawie, których Wykonawca udowodni Zamawiającemu, że będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę zgodnie z warunkami określonymi w: SWZ, dokumentacji projektowej, a także zgodnie z technologią, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną i z uwzględnieniem obowiązujących przepisów.

Ostatecznie, Zamawiający pouczył Przystępującego, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe wezwanie, jako czynność Zamawiającego nie została zaskarżona środkiem ochrony prawnej, a zatem należało przyjąć, że Przystępujący dobrowolnie poddał się procedurze badania istnienia rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z dyspozycji przepisu art. 224 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jeżeli zatem Zamawiający takie wezwanie skierował do Przystępującego, to należało przyjąć, że zaoferowana przez Przystępującego cena wydawała mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami.

W dalszej kolejności, Izba ustaliła, że Przystępujący w piśmie z dnia 6 sierpnia 2021 r. złożył wyjaśnienia.

W swoich wyjaśnieniach Przystępujący stwierdził, że zatrudnienie w DELTA S.A. pracowników jest zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy: Przy tworzeniu oferty, w oparciu o przedstawiony przez Zamawiającego i wynikający z SWZ zakres i specyfikę zamówienia, przyjął, że nakład pracy związany z realizacją zamówienia będzie wynosić: 16640 roboczogodzin, zgodnie z przedłożonym zestawieniem.

W wyjaśnieniach wskazał, że stosownie do przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.:

§ 1 Od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.800 zł

§ 2 Od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł.

Według Przystępującego, oznacza to, że minimalne wynagrodzenie z uwzględnieniem obciążających pracodawcę kosztów obowiązkowych (w tym składek na

ubezpieczenie społeczne) wynosi w 2021 roku ok 22,20 zł. Porównanie tej kwoty z określonym przez wykonawcę przy przygotowaniu oferty nakładem pracy oraz wysokością kwoty przeznaczonej w ramach realizacji zamówienia wynagrodzenia oraz pozostałe ponoszone przez wykonawcę koszty osobowe, jednoznacznie wskazuje, że wykonawca konstruując ofertę przewidział kwotę około 40,65 złotych na każdą godzinę pracy pracownika, co znacząco przewyższa wysokości minimalnej stawki godzinowej, podwyższonej o obciążające pracodawcę koszty obowiązkowe.

W zakresie zgodności z przepisami z zakresu pracy i zabezpieczenia społecznego Przystępujący podał jak zostało wskazane w punkcie 2 powyżej, przy konstruowaniu swojej oferty, wykonawca kalkulując cenę w ramach złożonej przez siebie oferty, uwzględnił wszystkie obciążające go koszty wynikające z przepisów o ubezpieczeniach społecznych.

Ponadto wskazał, że wykonawca uwzględnił również w swojej ofercie konieczność poniesienia wydatków związanych z przestrzeganiem zasad bezpieczeństwa i higieny pracy. Ponadto wszyscy pracownicy zaangażowani do realizacji zamówienia, będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

W swoich wyjaśnieniach wskazał, że ze względu na obecną sytuację gospodarczą i sytuację w branży budowlanej charakteryzującą się niską podażą i wysokim popytem (mała ilość przetargów publicznych i ograniczone inwestycje komercyjne), zaistniała konieczność rezygnacji z większych zysków w celu pozyskania zamówienia i zapewnienia pracy zatrudnionym pracownikom.

Dodatkowo analizując cały proces budowlany wskazał, że zostały zoptymalizowane koszty:

a) jednym z elementów jest zysk z utylizowanego we własnym zakresie gruzu powstałego z rozebranych elementów nawierzchni drogowych - na terenie bazy sprzętowej DELTA S.A. w Warszawie znajduje się kruszarka, w której gruz przetwarzany jest na łamane kruszywo drogowe, z przedmiaru robót będącego częścią dokumentacji przetargowej wynika, że z rozbiórek pozyska się ok. 1450 m<sup>3</sup> gruzu, z którego przetworzenia można uzyskać: zysk z utylizacji gruzu we własnym zakresie ok. 1450 m<sup>3</sup> x 75,00 zł/m<sup>3</sup> = 108.750,00 zł + vat (cena uwzględnia koszty przetworzenia gruzu),

b) kolejnym elementem optymalizacji kosztów jest zysk ze sprzedaży kruszywa ok. 2.900 M-g x  
30,00 zł/M-g = 87.000,00 zł + VAT,

c) w przypadku karczowania drzew i krzewów specjalistyczne firmy oferują wycinkę za darmo lub za relatywnie niską cenę w zamian za pozyskany materiał.

d) DELTA S.A. posiada własną, bogatą bazę sprzętową i transportową, która jest niezbędna i w pełni wystarczająca do realizacji robót, co pozwala proponować w przetargach konkurencyjne ceny w związku z powstałymi oszczędnościami (brak konieczności bazowania na dużo droższym wynajmie maszyn budowlanych i samochodów). Własny transport służy do wywożenia gruzu z rozbiórek, ziemi z wykopów, dowożenia wszelkiego rodzaju materiałów do budowy dróg. W przypadku analizowanej wyceny, pozwoliło to na znaczne obniżenie kosztów robót ziemnych, które w przedmiarze stanowią znaczącą kosztowo pozycję.

e) przez cały okres naszej działalności DELTA S.A. współpracuje z firmami produkującymi elementy betonowe tj. kostki, płyty, krawężniki, obrzeża, itp. oraz firmami usługowymi. Pozwoliło to wypracować atrakcyjne rabaty na materiały i usługi.

Podkreślił, że kalkulując koszty uwzględnił odpowiedzi Zamawiającego, które miały istotny wpływ na poziom ceny.

Zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na pytanie nr 5 – z 13.07.2021r. Zamawiający dopuścił wykonanie stabilizacji „na miejscu”, co w znaczący sposób obniża koszty. Metoda dopuszczona przez Zamawiającego zapewnia uzyskanie odpowiednich parametrów pod warunkiem wykorzystaniu profesjonalnego sprzętu, który DELTA S.A. posiada.

Powołał się na okoliczność, że dwie oferty były bardzo zbliżone cenowo z różnicą na poziomie 0,2 %:

- 1) Oferta DELTA S.A. wyniosła brutto 6.933.446,11 zł,
- 2) Oferta INSTAL-NIKA Sp. z o. o. wyniosła brutto 6.947.040,00 zł

Ponadto, zauważył, że średnia wysokość złożonych ofert, z uwzględnieniem ofert ROKOM Sp. z o. o. oraz Granar Sp. z o. o. wyniosła 6.258.668,02 zł netto – w odniesieniu do tej średniej, oferta złożona przez DELTA S.A. jest niższa jedynie o 10%.

Ponadto odnosząc się do wartości zamówienia, która zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego wyniosła 8 397 120,18 zł, oferta złożona przez Delta S.A. jest niższa o 32,87% (a zatem jedynie o 2,87% przekracza próg określony w art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 ustawy Pzp).

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach oświadczył również, że potwierdzeniem okoliczności wskazanych w powyższych wyjaśnieniach DELTA S.A. są następujące dowody:

- tabela elementów scalonych zawierająca wskazanie poszczególnych elementów składających się na określenie ceny: element składowy Oferty przetargowej Załącznik nr 1a do SWZ – Tabela elementów scalonych.

- bogata baza sprzętowa oraz prawie 30 letnie doświadczenie w zakresie wycen i optymalizacji kosztów realizacji budów .

Rozpoznając przedmiotową sprawę w oparciu o powyższy materiał dowodowy należy zauważyć, że stosownie do przepisu art.224 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, a jednak – według zapatrywania Izby – złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, z uwagi na niepodanie w nich elementów cenotwórczych wyraźnie i jednoznacznie żądanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 sierpnia 2021 r., koniecznych do oceny charakteru badanej ceny, takich jak kalkulacja nakładów rzeczowych, cena materiałów, koszty pracy sprzętu, koszty transportu.

Wszystkie powołane wyżej okoliczności Izba uznała za przyznane zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego.

Dodatkowo, za istotną okoliczność Izba uznała powołanie się przez Przystępującego na dowody w treści samych wyjaśnień, które w istocie nie zostały przedłożone Zamawiającemu.

Jednocześnie na posiedzeniu Izba stwierdziła, że do akt sprawy nie zostały załączone dowody, o których mowa w punkcie 5 pisma z dnia 6 sierpnia 2021r. stanowiącego wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

W związku z tym Przewodniczący zadał pytanie pełnomocnikowi Zamawiającego czy takie dowody zostały przez Zamawiającego przekazane do Izby – pełnomocnik ten oświadczył, że takich dowodów nie przesłał i jednocześnie wyjaśnił, że swoją ocenę oparł jedynie na stosownych wyjaśnieniach Przystępującego.

Reasumując, tabela elementów scalonych, która była składana przez Przystępującego z ofertą i gołosłowne jego oświadczenie o bogatej bazie sprzętowej oraz 30 letnim doświadczeniu w zakresie wycen i optymalizacji kosztów realizacji budów nie mogły stanowić potwierdzenia braku istnienia rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że ceny materiałów, koszty pracy sprzętu, koszty transportu stanowiły istotną część składową ceny Izba wyraziła przekonanie, że brak kalkulacji nakładów rzeczowych, tych kosztów nie mógł doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec tego – zdaniem Izby - Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że Przystępujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena jest inna niż rażąco niska.

Jednocześnie, według zapatrywania Izby - wieloletnia współpraca pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, to jest okoliczność, na którą powołał się Zamawiający, nie może prowadzić do wniosku, że złożone przez Przystępującego ogólne wyjaśnienia są wiarygodne.

Izba nie mogła również zaaprobować argumentacji Zamawiającego, że mogło dojść do przeszacowania wartości zamówienia, bowiem jego aktualna ocena cen z rynku robót budowlanych wskazuje, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest realna.

Powyższe twierdzenie można było uznać przekonujące jedynie, gdyby Zamawiający dokonał zmiany wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, która nie została dokonana w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymaga wskazania, że sam Zamawiający przyznał, że być może we właściwym czasie powinien rozważyć możliwość zmiany wartości szacunkowej zamówienia i tym samym odstąpić od przeprowadzenia badania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby - skoro Zamawiający takiej czynności przeszacowania nie dokonał, to był on związany swoimi wcześniejszymi ustaleniami dotyczącymi wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności, odnosząc się do możliwości konwalidacji przez Przystępującego powyższych braków w wyjaśnieniach i w złożonych dowodach dotyczących rażąco niskiej ceny, Izba reprezentuje pogląd, że nie jest dopuszczalne ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, bowiem wymagane przez Zamawiającego wyjaśnienia w żądanym przez niego zakresie nie zostały w całości złożone, a te które przedstawił Przystępujący odnosiły się jedynie wrywkowo do kwestii kosztów pracowniczych i ogólnie do oszczędności założonych na kontrakcie.

Z tego względu należało przyjąć, że przedłożone wyjaśnienia były niewyczerpujące i nieoparte żadnymi dowodami, uniemożliwiając Zamawiającemu jakąkolwiek ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Dodatkowo wymaga wskazania, że w swoim wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości.

W rozpoznawanej sprawie – zdaniem Izby – z racji nie wykazania w ogóle powyższych żądanych przez Zamawiającego kosztów należało przyjąć, że wyjaśnienia te nie były dostatecznie rzetelne.

Mając powyższe na uwadze zasadnym jest pogląd, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w warunkach, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Idąc dalej, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, w warunkach, gdy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wymaga wskazania, że Zamawiający przewidział w odpowiedzi na pytanie nr 3 stanowiącej treść SWZ zachowanie własności materiałów z rozbiórki przez Zamawiającego, podczas gdy Przystępujący założył zysk ze sprzedaży gruzu i kruszywa.

Wobec tego Izba przyjęła za niedopuszczalny proponowany i zakładany przez Przystępującego sposób postępowania z materiałami z rozbiórki, gdzie założono a priori, że pozyska on gruz i kruszywo z destruktu, które następnie sprzeda i w ten sposób zoptymalizuje swoje koszty.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**