

Sygn. akt: KIO 547/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2022r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022r. **przez odwołującego:** TKS sp. z o.o. 40-750 Katowice Tadeusza Boya-Żeleńskiego 111 w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Kornowac 44-285 Kornowac ul. Raciborska 48;

przy udziale przystępującego: Technical Solutions sp. z o.o. 47-230 Kędzierzyn - Koźle ul. Strzelecka 13 B **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego TKS sp. z o.o. 40-750 Katowice Tadeusza Boya-Żeleńskiego 111 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego TKS sp. z o.o. 40-750 Katowice Tadeusza Boya-Żeleńskiego 111 tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od odwołującego TKS sp. z o.o. 40-750 Katowice Tadeusza Boya-Żeleńskiego 111 na rzecz zamawiającego Gmina Kornowac 44-285 Kornowac ul. Raciborska 48 kwotę 4.218,00 zł. (słownie: cztery tysiące dwieście osiemnaście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego wraz z kosztem dojazdu oraz kosztem opłat skarbowych od pełnomocnictw

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac – etap I” nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego RI.271.1.2022.SŻ

Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00006241/01 w dniu 05.01.2022 r. oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 05.01.2022 roku.

ODWOŁANIE

I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j) (dalej także: „pzp”), w imieniu TKS Sp. z o.o. w Katowicach (dalej: „Odwołujący” lub „TKS”) wnosimy odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych czynność Zamawiającego - Gminy Kornowac (dalej: „Zamawiający”) podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzenie negocjacji oraz na zaniechanie czynności w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

II. Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00006241/01 w dniu 05.01.2022r. oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 05.01.2022 r.

III. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Technical Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu (dalej: „Technical Solutions” lub „TS”)

2. zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Technical Solutions pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i stanowi ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, a złożone przez Technical Solutions wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

IV. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane/zaniechane z naruszeniem:

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp i art. 224 ust. 6 pzp w zw. z art. 266 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, z przyczyn

wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania i pomimo, że wykonawca TS pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu nie sprostął wykazaniu, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, czym naruszył także przepis art. 224 ust. 5 p.z.p., a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp, art. 224 ust. 6 pzp 224 ust. 3 pkt. 4 pzp w zw. z art. 266 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions jako oferty zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż z załączonych przez tego wykonawcę do wyjaśnień w sprawie ceny dokumentów wynika, nie tylko że cena jest rażąco niska, ale także że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny przez Technical Solutions jest 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 2020 r. poz. 220),

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem przedstawiony przez TS materiał (rury) który ma zostać wykorzystany do wykonania umowy wskazuje, że Wykonawca założył realizację prac w innej technologii niż wskazana w dokumentacji,

6. art. 16 pkt 1 i 2) pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania przejrzystego zbadania czy cena oferty wykonawcy Technical Solutions nie jest rażąco niska oraz zaniechania przejrzystego zbadania czy wyjaśnienia tego wykonawcy uzasadniają podaną w ofercie cenę oraz koszty.

7. art. 239 ust. 1 pzp poprzez wybór oferty Technical Solutions podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny (niewykazania, że cena nie jest rażąco niska) oraz niezgodności z warunkami zamówienia .

V. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Technical Solutions Sp. z o.o. oraz czynności badania i oceny ofert,
2. odrzucenia oferty Technical Solutions Sp. z o.o.
3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

VI. Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż – w przeciwieństwie do wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o. - spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i złożył ofertę

najkorzystniejszą, która nie podlega odrzuceniu. W przypadku podjęcia wobec wykonawcy Technical Solutions czynności wynikających z przepisów pzp, to właśnie oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Technical Solutions Sp. z o.o., mimo iż podlegała ona odrzuceniu. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.

VII. Informację o wyniku postępowania Odwołujący otrzymał dnia 21 lutego 2022 roku, a zatem niniejsze odwołanie złożone zostało z zachowaniem terminu przewidzianego ustawą, z uwzględnieniem treści art. 509 pzp

Ponadto Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac - etap I”, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej na terenie sołectwa Rzuchów.

Zamówienie obejmuje wykonanie:

- sieci kanalizacji – długość ok. 4 991 mb, wraz z niezbędnymi obiektami:
- przepompownia sieciowa: 1 kpl.
- pompownie przydomowe: 4 kpl.

Zadanie obejmuje roboty przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne, montażowe i odtworzeniowe związane z budową w/w sieci kanalizacji sanitarnej.

I. Rażąco niska cena

1. Pismem z dnia 25.01.2022r. Zamawiający wezwał Technical Solutions do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w celu wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska i jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją za oferowaną cenę, gdyż zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego.

2. Przedstawione przez TS wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za wykonanie wezwania Zamawiającego, gdyż stanowią jedynie ogólną informację nie potwierdzającą realności ceny i nie zawierają informacji dot. wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, w tym tak kluczowych jak koszty wykonania przewiertów, koszty zakupu studni, rur stalowych, inspekcji tv, geodezji, robót drogowych itp., jak też nie zawierają kosztów finansowania inwestycji z uwagi na zasady płatności określone umową (tj. wykonawca zobowiązany jest finansować samodzielnie realizację umowy do czasu otrzymania wynagrodzenia, które płatne jest w 2 częściach – pierwsza po wykonaniu 50% zamówienia, przy 18 miesięcznym okresie realizacji), jak też nie przewidział żadnych kosztów związanych z np. z możliwością wzrostu cen i jakimkolwiek innym ryzykiem, które to ryzyko w 100% na pewnym poziomie wystąpi.

3. Technical Solutions nie przedstawił też jakiegokolwiek kalkulacji, w tym osobno dla robocizny i materiałów, co tym bardziej nie pozwala ocenić powołanych zdawkowych twierdzeń w zakresie uzasadnienia przyjętej ceny.

4. W pierwszej kolejności w swoich wyjaśnieniach TS powołuje się na korzystne oferty dostawców materiałów budowlanych, w tym producentów.

5. Jednakże jak wynika z orzecznictwa KIO nie jest wystarczające lakoniczne wskazanie, że wykonawca posiada duże upusty. W ocenie Izby aby argumentacja ta była wiarygodna, wykonawca powinien był chociaż w przybliżeniu wskazać o jaką kwotę taka okoliczność pozwoliła obniżyć cenę oferty. (wyrok KIO z dnia 15 lipca 2021r. KIO 1707/21, LEX 3253591). Natomiast wykonawca TS na potwierdzenie swoich twierdzeń i uzasadnienie zaoferowanej ceny nie przedstawił żadnych dodatkowych wyjaśnień, a załączył do pisma jedynie oferty na zakup tłoczni ścieków oraz rur. Elementy te są jedynie częścią większej całości, która nie wiadomo ile będzie kosztowała tego wykonawcę, gdyż nie wykazano przyjętych cen np. żelbetowego zbiornika, specjalnej ścianki itp.

Nie zostały ponadto przedstawione oferty na zakup tak istotnych i cenotwórczych elementów jak studnie, pompownie przydomowe, kruszywa, masy bitumiczne, itp.

Powyższe może sugerować, że wykonawca TS nie uwzględnił w swojej cenie większości materiałów koniecznych do wykonania co najmniej części zamówienia.

Tak więc załączone oferty mogą potwierdzić tylko koszt wykonania niewielkiej części zamówienia, nie uzasadniając jednakże w najmniejszym zakresie zaoferowanej ceny.

6. W swoich wyjaśnieniach TS nie uwzględnił także kolejnej cenotwórczej pozycji jaką jest wykonanie robót drogowych. Nawet jeżeli prace te miałyby zostać wykonane przy użyciu własnych maszyn i pracowników, to i tak winien zostać wykazany koszt tych prac, który ma

istotne znaczenie dla ustalenia ceny. Ponadto nie zostały przedstawione żadne oferty, ani wyjaśnienia dot. zakupu mas bitumicznych i kruszyw, które to elementy są niezbędne dla realizacji robót drogowych.

Powyższe może sugerować, że wykonawca TS nie uwzględnił w swojej cenie także materiałów koniecznych do wykonania tych robót drogowych.

7. Kolejno TS przedstawił wykaz posiadanego sprzętu oraz maszyn, jednakże sama lakoniczna informacja w tym zakresie nie może być uznana za wyjaśnienie ceny, gdyż nie zostało wskazane m.in. ile wynoszą koszty pracy, jaki nakład przewidziano do realizacji zadania i w jaki sposób posiadanie sprzętu przekłada się na wyliczenie zaoferowanej ceny.

8. Przedstawiony wykaz nie pozwala także zweryfikować poziomu oszczędności osiąganego z tytułu posiadania zaplecza sprzętowego, gdyż wykonawca TS nawet nie wyjaśnił jakim sprzętem zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie i nie przedstawił żadnych wyliczeń pozwalających na ocenę uzyskanych z tego tytułu oszczędności. Tym samym fakt, że być może taki właśnie sprzęt jest jego własnością nie dowodzi jeszcze realności zaoferowanej ceny.

9. TS oświadczył także, iż zamówienie wykona przy pomocy własnych pracowników, którzy otrzymują stawki godzinowe większe niż stawki minimalne, która to stawka godzinowa zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. 2021.1690) w 2022 r. wynosi 19,70 zł.

10. Jednakże z załączonych zanonimizowanych umów o pracę wynika coś przeciwnego – żaden z pracowników nie otrzymuje wynagrodzenia na w/w minimalnym poziomie, a twierdzenie TS zawarte w piśmie, iż składnikiem wynagrodzeń są nagrody i że rzekomo przekracza ono minimalne wynagrodzenie nie zostało w żaden sposób potwierdzone. Co więcej - sam wykonawca TS wskazuje, iż nagrody przyznawane są w różnych wysokościach, nie wskazując jednakże jakie to są kwoty.

11. Za takie potwierdzenie nie mogą zostać uznane załączone paski, które nie potwierdzają przecież czy dot. tych konkretnych umów (i w ogóle czy dot. pracowników fizycznych) i że wynagrodzenie w takiej wysokości jak na pasku pracownik otrzymuje co miesiąc.

12. Podkreślić należy, iż co do zasady nagroda, którą TS wskazuje jako składnik wynagrodzenia nie powinna być stałym elementem, a jak sam Wykonawca podkreśla służy motywowaniu pracowników. Zatem w przypadku niespełnienia wymagań zapewne nagroda nie zostaje przyznana, co powoduje iż pracownik otrzymuje jedynie podstawowe

wynagrodzenie niższe od minimalnego. Poza tym nagroda, jak i premia nie jest obowiązkowym składnikiem wynagrodzenia i pracownik może jej nie dostać. Na gruncie bowiem przepisu art. 105 kodeksu pracy "Pracownik, co do zasady, nie ma roszczenia o nagrodę (jako świadczenia uznaniowego)" (Wyrok SN z dnia 21 stycznia 2011 r., II PK 169/10) „Nagroda, jako pieniężne lub rzeczowe nieobowiązkowe świadczenie przyznawane pracownikowi przez pracodawcę - art. 105 k.p., zawiera element ocenny, nie jest uwarunkowana zobiektywizowanymi, dającymi się zweryfikować przesłankami, nie występuje przy tym świadczeniu konstrukcja roszczeniowa" (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r. III AUa 1185/15).

13. Tak więc nagroda nie jest stałą częścią wynagrodzenia.

14. Zatem stwierdzić należy, iż TS nie potwierdził przestrzegania wymogów w zakresie minimalnego wynagradzania za pracę.

15. Nie polega także na prawdzie twierdzenie, iż TS wykona zlecenie wyłącznie przy użyciu własnych maszyn bądź własnych pracowników, gdyż z przedstawionego zestawienia maszyn i samochodów wynika, iż TS nie posiada maszyn do wykonania przewiertów, które stanowią istotny zakres zamówienia.

16. Tak więc bądź TS będzie musiało zlecić wykonanie przewiertów innemu podmiotowi bądź wynająć stosowną maszynę.

17. Jednakże pismo Technical Solutions w sprawie wyjaśnień ceny nie zawiera żadnych wyjaśnień w tym zakresie, co pozwala uznać, iż element ten (tzn. wykonanie przewiertów) nie został ujęty w cenie, mimo iż bez przewiertów nie jest możliwa realizacja zamówienia.

18. Ponadto TS nie przedstawił, w jaki sposób powołane przez wykonawcę okoliczności uzasadniają zaoferowaną cenę. Wykonawca nie wskazał np. jak okoliczność posiadania parku maszyn przekłada się na zaoferowaną cenę, nie wykazał jaki osiągnie zysk z ponownego wykorzystania gruzu z rozbiórki i ile zamierza go pozyskać, nie wykazał, że wykonywanie zlecenia przy korzystaniu z własnych pracowników będzie bardziej opłacalne niż podzlecenie jakiegoś ograniczonego zakresu.

19. Jak wynika z powyższego złożone wyjaśnienia nie wykazują, iż Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za oferowaną cenę, mimo iż zgodnie z art. 224 ust. 5 pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”.

20. Podkreślić należy iż obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 p.z.p. jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozwiewających wątpliwości

zamawiającego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia ciężar wykazania zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy i jego obciąża także ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu wyjaśnień. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia nie będzie ponosił strat. Jak wskazano w wyroku KIO z 17.12.2019 r., KIO 2449/19, LEX nr 2779932: „Art. 90 ust. 3 p.z.p. nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień”.

21. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 20.08.2021 r., KIO 2249/21, LEX nr LEX nr 3243095: „Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 p.z.p.).”.

22. Ponadto należy wskazać, że „w art. 224 ust. 5 nowego p.z.p. wskazano jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Mowa jest zatem o "wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena lub koszt nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami” (Gawrońska-Baran Andrzej, Gdy cena lub koszt wydają się rażąco niskie Opublikowano: M.Zam.Pub. 2021/1/30-33).

23. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p. 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 niskiej podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem zostać złożone po pierwsze – bezwzględnie w terminie, a po drugie – w sposób niebudzący wątpliwości powinny pozwolić zamawiającemu na ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej

ceny lub kosztu, z uwzględnieniem faktu, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten stanowi potwierdzenie linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowanej na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r.

24. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę, w związku z czym właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TS powinna skutkować odrzuceniem jego oferty, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego oraz nie wykazują, że wykonawca wykona. Ponadto z wyjaśnień TS wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej cenie wielu istotnych elementów cenotwórczych, jak np. roboty drogowe, przewiertory, zakup podstawowych materiałów, bez których nie jest możliwe wykonanie zamówienia

25. Poddając wyjaśnienia wykonawcy badaniu zamawiający musi mieć na względzie, że składane wyjaśnienia muszą być spójne, logiczne, oparte na poprawnych, gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia (zgodnie z SWZ), założeniach. Tylko bowiem takie wyjaśnienia, poparte dodatkowo dowodami, mogą doprowadzić do obalenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2021r. KIO 1344/21 lex nr 3240866)

26. Złożenie wyjaśnień nieprzydatnych dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w. zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., ponieważ nie wykazano, że koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy, co jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. (wyrok KIO z dnia 7 lipca 2021r. KIO 1462/21 lex nr 3257406)

27. Jak wynika z powyższego, przyjęcie przez zamawiającego udzielonych wyjaśnień nastąpiło z naruszeniem przepisów pzp, a oferta Technical Solutions winna zostać odrzucona.

II. Niezgodność z warunkami zamówienia:

28. Jak wynika z przedstawionej przez wykonawcę TS oferty z Tadmar/Saint Gobain na zakup rur, wykonawca dokonał zamiany wszystkich rur stalowych fi273 przewidzianych w dokumentacji na rury PEHD fi280 SDR17. Co do zasady projekt techniczny dopuszcza zamianę rur ochronnych stalowych na rury PEHD jednakże w niektórych przypadkach doprowadzi to do zmiany technologii wykonania robót, co dla profesjonalnego podmiotu jest oczywiste.

29. Wskazać należy, iż o ile we wskazanych w dokumentacji rurach stalowych można bez problemu zmieścić rurę przewodową (transportującą ścieki), wykonaną z PVC lub PP fi200, to po zamianie na PEHD fi280 jak to uczynił wykonawca już się tego nie uda prawidłowo zrobić. Nie istnieją tak niskie fabryczne płozy dystansowe.

30. Ewentualnie możliwe byłoby wykonanie tych prac z użyciem rur PEHD fi315 (dla PVC/PP fi200), jednakże wykonawca takich rur nie przewidział.

31. Ponadto nie da się wykonać przecisków hydraulicznych z rur PEHD. Projekt Techniczny w pkt 1.8.2. "BEZWYKOPOWA ZABUDOWA KANAŁÓW", str. 13; opisuje wyraźnie technologię wykonania: "Odcinki kanałów oznaczone na profilach podłużnych sieci wykonane zostaną metodą bezwykopową. Przed rozpoczęciem prac należy komorę startową i komorę odbiorczą osadzić w gruncie. Po wykonaniu komór w wykopie należy ustawić urządzenia do przewiertu. Wymiary komór startowych zależą od zastosowanego urządzenia do przewiertu, długości i średnicy rury i zaprojektowanych rzędnych rury. Komora odbiorcza jest przeznaczona tylko do odbioru elementów roboczych urządzenia do przewiertu, czyli żerdzi, rur stalowych ślimaka. Układanie kanałów z rur kamionkowych oraz z rur ochronnych stalowych może się odbywać przy pomocy tego samego urządzenia przewiertowego. Po wprowadzeniu do gruntu odcinka rury kamionkowej lub stalowej, należy zatrzymać maszynę przewiertową i zamontować następy odcinek rury. W przypadku rur kamionkowych uszczelnienie połączenia uzyskuje się poprzez zastosowanie mufy połączeniowej. Odcinki rur stalowych przed wprowadzeniem do ziemi należy zespawać obwodowo z rurą poprzedzającą spawem z pełnym przetopem. Rura przewiertowa powinna być wyposażona w swojej przedniej części w nóż - skośne ścięcie. Urobek z rury należy odprowadzać na zewnątrz wykopu poprzez komorę startową. Przewiert należy wykonać z zachowaniem spadków rurociągów, przedstawionych w dokumentacji. Rury kamionkowe układane przewiertem są jednocześnie rurami przewodowymi. Rury stalowe stanowią jedynie zewnętrzną osłonę rur z tworzyw sztucznych (PVC lub PP). Po wykonaniu przewiertu w rurze stalowej układa się na płozach z tworzyw sztucznych przewód roboczy, dobierając wysokość płóz w taki sposób, aby uzyskać projektowaną niweletę".

32. Dla przewiertów rurą PEHD stosuje się inne techniki wiercenia. Techniki te nie nadają się do układania kanalizacji szczególnie gdy trzeba je układać precyzyjnie na rzędnych. Do przewiertów mają dopuszczenie rury wielowarstwowe PE-RC, PE-TS itp., a nie zwykłe rury PEHD (jak w ich ofercie). Jak wynika z przedstawionych przez TS dokumentów wykonawca ten nie przewidział użycia rur stalowych (wszystkie zostały zamienione na rury PEHD), a przy użyciu takich rur nie jest możliwe wykonanie przewiertów.

33. Tak więc wykonawca TS bądź nie będzie w stanie wykonać zamówienia, bądź zamierza wykonać zamówienie w inny niż wymagany przez zamawiającego sposób.

34. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. (wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2021r. KIO 3555/21 lex nr nr 3285537

35. Pojęcie warunków zamówienia jest zdefiniowane w art. 7 pkt 29 p.z.p. Zgodnie z ustawową definicją pod pojęciem warunków zamówienia rozumie się warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia określone w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, kryteriach oceny ofert oraz wymaganiach proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymagania zamawiającego dotyczące zakresu świadczenia oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia stanowią jeden z najistotniejszych elementów opisywanych w dokumentach zamówienia. Dokumenty zamówienia (art. 7 pkt 3 p.z.p.) to dokumenty przygotowane przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający się odwołuje, a służące określeniu lub opisaniu warunków zamówienia, tj. np. specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Z treści przepisów ustawowych wynika więc, że na warunki zamówienia składają się wszystkie istotne elementy kształtujące prowadzone postępowanie oraz realizację świadczenia, tj. w szczególności opis przedmiotu zamówienia, a także projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

36. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp Zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jeżeli zatem z treści oferty TS uzupełnionej wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wynika, że planuje realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, tj. w innej niż przewidziano technologii, to wówczas taka oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu, czego Zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał.

III. Zasada uczciwej konkurencji

35. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyraża art. 16 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

36. Zobowiązanie to wprost odnosi się do czynności podejmowanych przez Zamawiającego, co jednak nie oznacza, że wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dotyczą te zasady. W szczególności, wykonawcy również zobowiązani są do konkurencyjnego o zamówienie na uczciwych zasadach.

37. W celu zapewnienia warunków uczciwej konkurencji ustawa Pzp przewiduje m.in.:

- odrzucenie oferty niespełniającej wymagań określonych przez Zamawiającego.
- odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco niską, lub co do której wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

38. Rolą Zamawiającego w postępowaniu jest weryfikacja działań wykonawcy podejmowanych przez niego w trakcie postępowania, również pod kątem przestrzegania przez wykonawcę zasad uczciwej konkurencji. Powyższe wywody znajdują pełne potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które zachowują aktualność po rządami nowej ustawy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 365/09,; podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2008 r., KIO/UZP 551/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2011 r., KIO 733/11,).

39. Zamawiający naruszył w/w przepisy przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, gdyż pominął brak wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez TS Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami w celu wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny to nie powinien premiować wykonawcy, który takich dowodów nie dostarczył, gdyż narusza to interes pozostałych wykonawców, w tym odwołującego.

IV. Naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp

40. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

41. Jeżeli oferta wybranego podmiotu podlegała odrzuceniu jako oferta, w której nie wykazano realności zaoferowanej ceny bądź na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był niezgodny z art. 239 ust. 1 ustawy, który stanowi, że

zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający oceny ofert może dokonać tylko spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zatem wadliwa jest ocena ofert, w której uczestniczy oferta, która powinna być odrzucona i w konsekwencji, wybór takiej oferty nie jest wyborem zgodnym z przepisami ustawy. (tak KIO w wyroku z dnia 8 września 2021r. KIO 2031/21 lex nr 3240900)

Mając powyższe na uwadze odwołujący podnosi, że odwołanie jest uzasadnione i konieczne i jako takie winno zostać uwzględnionej w całości

Pismo z dnia 4 marca 2022 r. Wykonawca: Technical Solutions Sp. z o.o. ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac — etap I” nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego RI.271.1.2022.SŻ - dalej postępowanie

Nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00006241/01., nr ref: RI.271.1.2022.SŻ

PRZYSTĄPIENIE DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO po stronie Zamawiającego

Działając na podstawie art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) dalej ustawy Pzp, w nawiązaniu do odwołania, wniesionego przez TKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, niniejszym zgłaszam przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego — Gminy Kornowac.

Zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłaszający przystąpienie otrzymał ww. kopię w dniu 2 marca 2022 r. Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wskazuję, że wykonawca Technical Solutions Spółka z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, co doprowadzi do udzielenia zamówienia przystępującemu. Jednak na skutek wniesienia przez odwołującego odwołania wybór oferty przystępującego został podważony, co w konsekwencji może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe wnoszę o oddalenie odwołania.

Uzasadnienie przystąpienia

W dniu 1 marca 2022 r. Zamawiający — Gmina Kornowac przekazał przystępującemu do postępowania — Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie — Koźlu kopię odwołania wniesionego przez TKS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W ocenie Przystępującego wykonawcy zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 28 lutego 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie dokonując wyboru oferty Technical Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu Zamawiający nie znalazł podstaw do wykluczenia tego wykonawcy. Wykluczenia takiego domagał się natomiast inny oferent - Odwołujący, który we wniesionym odwołaniu wskazywał, że zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy PZP 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp.

W ocenie przystępującego ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można uznać za rażąco niską, skoro:

- nie odbiega w znaczny sposób od ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę w tym postępowaniu,
- uwzględnia ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy,
- nie jest ceną symboliczną, ani ceną ukształtowaną poniżej kosztów wytworzenia, co znalazło uzasadnienie w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 1 lutego 2022 r.

Przystępujący podkreśla, że złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień zarówno konkretne wyjaśnienia, jak i wymagane dowody w postaci ofert zakupowych materiałów, reprezentatywną próbkę aktualnych, zanonimizowanych dokumentów pracowniczych wskazujących poziom stawek godzinowych pracowników Przystępującego. w tym umów o pracę wraz z paskami wypłat. Nie ma zatem mowy o przypadku, gdy wykonawca bagatelizuje wezwanie, składa wyjaśnienia lakoniczne, zdawkowe czy niezawierające koniecznych dowodów.

W ocenie przystępującego, przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jak i 224 ust. 6 ustawy Pzp należy jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne - wyklądać w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający.

Kluczowe w sprawie, w ocenie Przystępującego, jest, że Zamawiający dysponował na etapie oceny wyjaśnień ceny następującymi informacjami:

potwierdzeniem i udokumentowaniem, że wycena uwzględnia wymaganą technologię wykonania zasadniczych robót składających się na przedmiot zamówienia,

- * konkretnymi wyjaśnieniami ceny, a w jej ramach jednocześnie:
- * dowodami cen zakupu kluczowych pozycji materiałowych.
- * przyjęcia wartości kalkulacyjnej roboczogodziny na poziomie 25,00 zł.

Przystępujący podnosi również, że złożone wyjaśnienia nie zawierają błędów związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia.

Przystępujący podkreśla, że:

- * złożone wyjaśnienia i dowody stanowią wystarczający i adekwatny do treści wezwania środek wyjaśniający wycenę oferty,
- * oferta Przystępującego została skalkulowana w sposób rynkowy i pełny, a złożone wyjaśnienia obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, stanowi, iż w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie natomiast z 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.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2022 roku, wezwał przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień

dotyczących wyliczenia ceny, wskazując w szczególności, iż cena oferty przystępującego jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wskazując zakres wyjaśnień jakich żądał, zamawiający przytoczył postanowienia przepisu art. 224 ust. 3 pkt 1 - 8 ustawy Pzp w pełnym brzmieniu. Żadnych innych dodatkowych informacji zamawiający nie żądał od przystępującego. Ponadto w treści wezwania zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę wykonawcy jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stawiając przedmiotowe zarzuty, w głównej mierze wskazywał i odnosił się do kwestii związanej z wadliwością czynności zamawiającego polegającej na błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez przystępującego, ze szczególnym naciskiem na brak złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających okoliczności opisane przez przystępującego w wyjaśnieniach.

W ocenie Przystępującego, co potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, nie w każdym przypadku badania przez zamawiającego oferty wykonawcy, pod kątem rażąco niskiej ceny, konieczne jest składanie zamawiającemu dowodów. Niektóre bowiem przypadki, charakterystyczne dla określonego przedmiotu zamówienia, nie będą wymagały dowodów. Z takimi przypadkami mamy do czynienia w sytuacjach zamówień prostych, nieskomplikowanych. Przedmiot zamówienia nie jest przedmiotem skomplikowanym dla Przystępującego. Skoro tak, to i wyjaśnienia składane w ramach rażąco niskiej ceny, mogły charakteryzować się dużą dozą ogólności, tym bardziej, że równie ogólne, wręcz blankietowe, było wezwanie zamawiającego, który w zasadzie odwołał się li tylko do przytoczenia treści przepisu.

Co również istotne, wezwanie zamawiającego było wywołane treścią przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w zakresie odwołującym się do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, tzn. wysokość szacowanej wartości zamówienia ustalona przez zamawiającego było na tyle wysoka, że oferty złożone w postępowaniu były o więcej niż 30% niższe od ustalenia zamawiającego.

W omawianym przypadku zamawiający mógł skorzystać z wyłączenia obowiązku wezwania wykonawcy, gdyż daje się zauważyć okoliczność, iż rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a cenami ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia oraz oferta złożona w postępowaniu nie była o więcej niż 30% niższa od ustalenia zamawiającego.

Okoliczność ta dotyczy cen ofertowych wszystkich trzech wykonawców, gdyż ceny ofert tych wykonawców różnią się pomiędzy sobą nieznacznie, np. cena oferty odwołującego jest wyższa od ceny ofertowej przystępującego o 515 553,14 zł, co stanowi ok. 5% różnicy, a cena oferty odwołującego jest niższa od ceny oferty trzeciego wykonawcy o 591.509,69 zł, co stanowi ok. 6% różnicy.

W kontekście wartości szacunkowej zamawiającego ustalonej na poziomie 10.500.000,00 zł, okoliczność ta może dawać podstawę do przyjęcia założenia, że to wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na zbyt wysokim poziomie, a nie że ceny ofert są cenami rażąco niskimi. Przystępujący stoi na stanowisku, że konkretny kontekst sytuacyjny sprawy, jego charakterystyczne cechy indywidualizujące dane postępowanie, muszą być brane pod uwagę za każdym razem, kiedy zachodzi podstawa do badania ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja zdaje się być wyjątkowo prosta i jasna. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na wysokim poziomie, który wywołał skutek w postaci wezwania zamawiającego (choć w ocenie Przystępujący, zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawców, o czym powyżej). Zamawiający wykonał obowiązek w sposób ogólny, a przystępujący złożył wyjaśnienia, które jego ocenie dawały obraz kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem Przystępującego, niezasadne jest stawianie zarzutów zamawiającemu w sytuacji, w której zamawiający ogólnie, wypełniając minimalne wymagania ustawy Pzp, kreuje wezwanie, a wykonawca nie mając żadnych szczegółowych wytycznych od zamawiającego odpowiada składając wyjaśnienia.

Wskazać również należy, iż zgodnie z 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. Oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień dokonuje zamawiający.

Skoro zatem odwołujący kwestionuje prawidłowość dokonanej oceny to winien wykazać i udowodnić, że ocena zamawiającego była wadliwa. Zgodnie z przepisem art. 534 ust.1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący poza wywodami i rzekomymi wątpliwościami, żadnych dowodów nie powołał. Reasumując, w ocenie przystępującego nie można stwierdzić naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 Pzp. W ocenie przystępującego zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyznacza przepis art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (*ei incubit probatio qui dicit non qui negat*). Żaden z przepisów ustawy nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiających stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie "wywodził z faktu skutki prawne (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, "d. VII; Opublikowano: WKP 2018, komentarz do art. 190).

Faktem, z którego odwołujący wywodzi dla siebie skutki prawne, jest zajęcie przesłanki w postaci określonego zachowania wykonawcy (złożenie wyjaśnień nieuzasadniających ceny lub kosztu) oraz brak adekwatnej czynności zamawiającego (odrzućenie oferty). Bez znaczenia jest w tej sytuacji to, czy oferta faktycznie zawierała rażąco niską cenę i nie to jest przedmiotem dowodu. Nie zachodzi więc sytuacja, w której można zastosować art. 537 pkt 1 albo pkt 2 ustawy Pzp i przerzucić ciężar dowodu odpowiednio na składającą ofertę albo na zamawiającego.

Niemniej jednak Przystępujący, pragnie podkreślić, iż zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia mówiący w szczególności o zmianie wszystkich rur stalowych fi 273 przewidzianych w dokumentacji na rury PEHD fi280 SDRI 7 jest nieprawdziwy. Przystępujący wycenił pozycję: 12 Wyceniony Przedmiar Robót, Kanały główne - Rury ochronne stalowe o średnicy nominalnej fi 273,0x8,0mm wykonywane bezwykopowo wraz z komorami startowymi i odbiorczymi za cenę 1.300,00 zł netto za mb i w tej pozycji jest wliczona m. in. Rura stalowa fi 273,0x8,0mm o czym świadczy cena jednostkowa tej pozycji.

Na dowód czego w załączeniu Przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z oferty firmy LUX-KOP Sp. z o.o. (wykwalifikowana firma wykonująca takie przewierty), na wykonanie przewiertu wraz z materiałem i komorami startowymi i odbiorczymi w wysokości 950,00 zł netto za mb, więc gdyby Przystępujący chciał zlecić tej firmie wykonanie przewiertów wraz z materiałem i wykonaniem komór startowych i odbiorczych to pozostaje

nasza marża, w której są koszty finansowania kontraktu w wysokości 350,00 zł netto za mb. Tak więc wycena załączona do oferty zawiera wykonanie przewiertu rurami stalowymi fi 273x8 zgodnie z projektem.

Dowód:

- oferta Lux-Kor Sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2022 r.

W trakcie sporządzania oferty rozpatrywana była alternatywa wykonania przewiertów rurami PEHD fi 280 jako zamiennik rur stalowych fi 273x8 stąd też w przedstawionej ofercie z Tadmar/Saint Gobain na zakup rur (zmiana wszystkich rur stalowych fi 273 przewidzianych w dokumentacji na rury PEHD fi280 SDRI 7), jest ujęta rura PEHD fi280. Nie można zgodzić się też ze stwierdzeniem TKS Sp. z o.o., że nie istnieją tak niskie fabryczne płozy dystansowe, ponieważ płozy, które należałoby zastosować przy wspomnianej rurze fi 280, mają wysokość 15mm w załączeniu karta katalogowa firmy AKWEDUKT MP Sp. z o.o. i są fabrycznie produkowane, więc nie ma potrzeby stosowania średnicy wyższej np. PEHD fi 315 dla rury PVC fi 200, również inny producent produkuje płozy o wysokości 20mm (w załączeniu oferta firmy Tadmar z dnia 12.01.2022r.), które również pozwalają na zamontowanie w rurze PEHD fi 280 rurę przewodową PVC fi 200. Tym samym zastosowanie rur PEHD fi 280mm było rozpatrywane wyłącznie jako alternatywa, która jednak nie znalazła się w wycenie.

Dowód:

- karta katalogowa firmy Akwedukt MP sp. z o.o. - oferta firmy Tadmar z dnia 12 stycznia 2022r.

Ponadto w sposób kategoriyczny należy wskazać, iż zarzut przez Zamawiającego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez odrzucenia oferty Technical Solutions jako oferty zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż z załączonych przez przystępującego wyjaśnień w sprawie ceny dokumentów wynika, iż nie tylko że cena jest rażąco niska, ale także że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowych, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jest bezpodstawny.

Zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami przez przystępującego wartość kalkulacyjna roboczogodziny 25,00 zł jest stawką bezpośrednią netto. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano-montażowych w 2022 r. wynosi 25,3166 zł = 18,0240 + 7,2926, w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość 25,32 zł i jest stawką brutto.

- Jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce przyjęto:
- obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2022 roku tj. 3.010,00 zł brutto,
- średni miesięczny czas pracy dla 2022 roku wynoszący 167 godzin.

Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 18,0240 zł.

Powyższą stawkę uzupełnia się o:

I . narzuty podstawowe:

- 9,76% ubezpieczenie emerytalne $(18,0240 * 0,0976)$ - 1,7591 zł
- 6,50% ubezpieczenie rentowe $(18,0240 * 0,0650)$ - 1,1716 zł - 2,00% ubezpieczenie wypadkowe $(18,0240 * 0,0200)$ - 0,3605 zł
- 2,45% Fundusz Pracy $(18,0240 * 0,0245)$ - 0,4416 zł
- O, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych $(18,0240 * 0,0100)$ - zł
- 1,50% Fundusz Emerytur Pomostowych $(18,0240 * 0,0150)$ - 0,2704 zł
- 2,83% absencja chorobowa za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę $(18,0240 * 0,0283)$ - 0,5101 zł

Razem „I” - 4,5313 zł

2. narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 167 godzin:

- 1/11 wymiaru urlopu wypoczynkowego $[18,0240 + (4,5313 - 0,5101)] : 11$ - 2,0041 zł
- 1/11 ekwiwalentu za odzież roboczą $(734 : 167) : 11$ - 0,3996 zł
- 1/11 ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej $(472 : 167) : 11$ - 0,2569 zł
- 1/11 koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego $(185 : 167) : 11$ - 0,1007 zł

Razem „2” 2,7613 zł

Ogółem narzuty na stawkę minimalną (I + 2) - 7,2926 zł

Ponadto należy podkreślić, iż wynagrodzenie pracownika, który jest zatrudniony w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na dany rok kalendarzowy (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzenia za pracę — tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Jak już wskazano, w 2022 roku minimalne wynagrodzenie pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze etatu nie może być niższe niż 3.010,00 zł brutto.

Zgodnie z przepisami ww ustawy ustalając czy wynagrodzenie pracownika osiąga wymagane minimum należy zsumować przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych (art. 6 ust. 4 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę).

Do wynagrodzeń osobowych GUS zaliczył w szczególności: wynagrodzenia zasadnicze w formie czasowej, akordowej, prowizyjnej i innej, dodatki za staż pracy oraz inne dodatki (dodatkowe wynagrodzenia) za szczególne właściwości pracy, szczególne kwalifikacje lub warunki pracy, premie i nagrody regulaminowe i uznaniowe, dodatki za pracę w godzinach nadliczbowych.

- wynagrodzenia za czas niewykonywania pracy, wypłacane za środków pracodawców (wynagrodzenia za urlopy wypoczynkowe i dla poratowania zdrowia, za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, za czas przestoju nie zawinionego przez pracownika i inne),

Należy w tym miejscu podkreślić, iż premia kwestionowana przez Odwołującego jest wliczana do wynagrodzenia brutto pracownika w celu ustalenia czy osiąga minimalne wynagrodzenie za pracę.

W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania winy Wykonawcy choćby tej o najniższym stopniu. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które i tak traciłyby na znaczeniu w zderzeniu z dowodami, będącymi w aktach postępowania.

Wobec powyższych okoliczności przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Załączniki:

- 1) odpis pełnomocnictwa wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowody wskazane w treści pisma:
 - a. oferta Lux-Kor Sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2022 r.
 - b. karta katalogowa firmy Akwedukt MP sp. z o.o.

- c. oferta firmy Tadmar z dnia 12.01.2022r.
- 2) dowód przesłania kopii niniejszego pisma Zamawiającemu w dniu 4 marca 2022 r.
- 3) dowód przesłania kopii niniejszego pisma Odwołującemu w dniu 4 marca 2022 r.

Pismo z dnia 14 marca 2022r. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

Działając w imieniu Zamawiającego, tj. Gminy Kornowac, wnoszą o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpisu od odwołania, uiszczzonego przez odwołującego oraz kwotę 3.600zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania oraz równowartość kosztów przejazdu z siedziby kancelarii pełnomocnika zamawiającego do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej i z powrotem, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów przejazdu,
- 3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 złotych 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz równowartość kosztów przejazdu z siedziby kancelarii pełnomocnika zamawiającego do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej i z powrotem.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac — etap I” nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego RI.271.1.2022.SŻ o wartości 15.099.594,94zł brutto (12.276.093,45 zł netto), które nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

W jego toku, po wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego odwołanie na czynność wyboru złożył Odwołujący zarzucając, że wybór oferty Technical Solution spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiada wady, ponieważ:

- 1) oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a przebieg postępowania wyjaśniającego prowadzonego z Przystępującym także nie był wolny od uchybień, wskazanych szczegółowo w odwołaniu,

2) niezgodność technologiczną oraz niezgodność materiałową z dokumentacją Zamawiającego, dołączoną do postępowania przetargowego.

Proces wyjaśniania zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający rozpocznie od przybliżenia regulacji specyfikacyjnych.

W pkt 28.1 SWZ wskazano, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe (w tym poszczególnych pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót), wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zażąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (powtórzenie regulacji art. 224 ust. 5 PZP).

W pkt 25 SWZ określono następujące wymagania co do sposobu obliczenia ceny:

1. wskazano, że cenę oferty należy obliczyć na podstawie Przedmiaru Robót wycenionego zgodnie z wymaganiami i formularzami zawartymi w Części III, rozdział 3 (Przedmiar Robót) SWZ. Uzupełniony przez wykonawcę Przedmiar Robót powinien zawierać zryczałtowane ceny jednostkowe;

2. Wykonawca określając wynagrodzenie zobowiązany jest do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia;

3. Zamawiający umożliwi pomocniczo sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia;

4. Cenę oferty należy przedstawić w Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do IDW. Specyfikacja Warunków Zamówienia — część I — Instrukcja dla Wykonawców Nazwa Zamówienia: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac - etap I” Nr zamówienia: RI.271.1.2022.Sż;

5. Cena oferty i wszystkie ceny jednostkowe muszą być wyrażone w PLN z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku. Ceny muszą uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinny uwzględniać wszystkie uwarunkowania zawarte w SWZ. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług VAT, związane z realizacją Umowy;

6. Wyceniony Przedmiar Robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w Przedmiarze Robót i dołączony do oferty. Wykonawcy muszą wycenić wszystkie pozycje w Przedmiarze Robót zgodnie z wymaganiami i formularzami zawartymi w Części III, rozdział 3 (Przedmiar Robót) SWZ. Cena każdej pozycji Przedmiaru Robót musi uwzględniać wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem tej pozycji.

Przedmiar służący wycenie zadania został wskazany w załączniku III.1 SWZ, gdzie w pkt 3.4. zastrzeżono, że ceny jednostkowe lub ryczałtowe w wycenionym Przedmiarze Robót obejmują koszty:

a) organizacji, utrzymania i likwidacji zaplecza Wykonawcy, montaż tablic informacyjnych, obsługę geodezyjną oraz dokumentację powykonawczą — sprzętu budowlanego użytego do wykonania przedmiotu umowy (zabezpieczeń, utrzymania, użytkowania i naprawy sprzętu, urządzeń czy narzędzi) — transportu (osób, sprzętu, urządzeń, narzędzi, materiałów, wyposażenia), robocizny materiałów i magazynowania — energii elektrycznej i innych mediów zużytych w trakcie realizacji robót, przeprowadzania wszelkich prób i odbiorów — robót towarzyszących nadzorów, badań, kontroli jakości — montażu i konserwacji — ubezpieczeń i gwarancji wynikających z kontraktu, aktu — uzyskania zezwoleń i opłat administracyjnych oraz — narzuty, podatki i cła wraz z całym

ryzykiem ogólnym — opłaty przyłączeniowe itd. — wszelkie inne koszty poniesione w związku z wypełnianiem zobowiązań kontraktowych;

- b) Ceny jednostkowe są stałe i nie mogą podlegać regulacjom i żadnym zmianom, za wyjątkiem przypadków opisanych w Kontrakcie;
- c) Wszystkie ceny jednostkowe, ryczałtowe i wartości w Przedmiarze Robót należy podawać w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku;
- d) Ceny jednostkowe (ryczałtowe) podane w każdej pozycji Przedmiaru Robót winny zostać określone zgodnie z zasadami podanymi w punkcie 3.1 — 3.3;
- e) Wartość każdej pozycji Przedmiaru Robót musi być iloczynem ceny jednostkowej (ryczałtowej) i liczby jednostek przedmiaru danej pozycji;
- f) Wszystkie podatki (z wyłączeniem VAT) wynikające z zamówienia będą wliczone w ceny jednostkowe ryczałtowe.

W myśl pkt. 4 SWZ przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej na terenie sołectwa Rzuchów. Zamówienie obejmuje wykonanie: - sieci kanalizacji — długość ok. 4 991 mb, wraz z niezbędnymi obiektami: - przepompownia sieciowa: 1 kpl. pompownie przydomowe: 4 kpl. Zadanie obejmuje roboty przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne, montażowe i odtworzeniowe związane z budową w/w sieci kanalizacji sanitarnej.

Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, o których mowa w art. 95 ust 1 ustawy Pzp. Zamawiający wymaga od Wykonawcy / Podwykonawcy zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób, które będą bezpośrednio wykonywały czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj. robotników budowlanych (pracowników fizycznych) wykonujących roboty i prace budowlane pod kierownictwem Kierownika Budowy.

Szczegółowy sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa powyżej, uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez Wykonawcę wymagań, o których mowa powyżej, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, a także rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących wskazane powyżej czynności w trakcie realizacji zamówienia zawarte są w cz. II SWZ - Umowa. W pkt. 28 cz. II SWZ czytamy, że wykonawca oświadcza, iż osoby, które będą bezpośrednio wykonywały czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj. robotnicy budowlani (pracownicy fizyczni) wykonujący roboty i prace budowlane pod kierownictwem

kierownika budowy będą zatrudnione przez Wykonawcę/podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy, co najmniej przez okres wykonywania przez te osoby czynności w trakcie realizacji Umowy.

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z protokołem postępowania została ustalona na kwotę 15 099 594,94 zł brutto (12 276 093,45 zł netto).

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty - Przystępującego z ceną 9 767 245,65 zł, Zisco B. sp. z o.o. z ceną 10 358 855,34 zł oraz Odwołującego z ceną 10 282 798,79 zł brutto.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2022 r. wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W treści wezwań Zamawiający wskazał, iż w trakcie badania ofert wątpliwości wzbudziła zaoferowana przez każdego z ww. wykonawców cena za realizację przedmiotu zamówienia, niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oszacowanej przed wszczęciem postępowania, co wypełnia okoliczności określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, działając na podstawie ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawców do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu Ochrony Środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 p.z.p., na którego podstawie zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi żądać wyjaśnień, o których mowa w akapicie pierwszym, co najmniej w zakresie określonym w akapicie trzecim w pkt 4 i 6.

Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia mają na celu ustalenie, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia i dowody należało złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 lutego 2022 r. do godz. 10.00.

Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia, przy czym dwóch wykonawców zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający ocenił, że Przystępujący nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa nie udowadniając Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takich wątpliwości nie miał Zamawiający co do wyjaśnień Odwołującego z art. 18 ust. 2 PZP, uznając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Zamawiający w dniu 21 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego Technical Solution sp. z o.o.. Drugą kolejności w rankingu ofert była oferta Odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że w procedurze badania rażąco niskiej ceny istotne znaczenie ma porównanie ceny zaoferowanej do szacunkowej wartości zamówienia. Od strony matematycznej Zamawiający był uprawniony do uruchomienia procedury z art. 224 PZP, ale porównanie cen ofertowych 3 wykonawców z szacunkową wartością zamówienia wskazuje, że doszło do faktycznego przeszacowania wartości przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji jako pomocnicze kryterium badawcze, zwłaszcza w sytuacji utajnienia wyjaśnień jednego lub kilku oferentów dotyczących zagadnienia rażąco niskiej ceny, uznaje się porównanie ofert. Za taką możliwość wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 sierpnia 2021 r. KIO1663/21

Parametryzując ten wywód Zamawiający wskazuje, że rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a zaoferowanymi w postępowaniu cenami wskazują, iż Zamawiający mógł przeszacować wartość zamówienia. Oszacował bowiem wartość zamówienia na kwotę 15.099.594,94 zł, podczas gdy wszystkie złożone oferty zawierają ceny zdecydowanie niższe od tego szacunku — tj. cena ofertowa Przystępującego to 64,68% wartości szacunkowej, cena ofertowa Zisco B. sp. z o.o. to 68,60% wartości szacunkowej, zaś cena ofertowa Odwołującego to 68,09% wartości szacunkowej.

Ten pogląd będzie mieć swoje praktyczne zastosowanie w dalszej części pisma.

Powołując się na regulację art. 224 ust. 1 ustawy PZP, która przewiduje, 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.

Generalizując, ale także maksymalizując dalszy wywód, do rzeczy istotnych:

- a) wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę,
- b) zamawiający ma możliwość wezwania wykonawcę do wyjaśnienia zagadnienia rażąco niskiej ceny wskazując na te niektóre (wybrane) elementy ceny ofertowej, które mają dla niego istotne znaczenie z punktu widzenia ceny jako ekwiwalentu równowartości sposobu wykonywania przedmiotu umowy,
- c) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską,
- d) efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione.

W okolicznościach zaistniałego sporu jego osią pozostaje ocena kosztów pracy.

Zamawiający już w wezwaniu, skierowanym do wszystkich oferentów o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny z dnia 25 stycznia 2022r., wskazał, że w orbicie jego zainteresowań pozostaje m.in. ten element kalkulacji ceny ofertowej.

Dążąc do odtworzenia kanonu cenowego, jaki zastosował Przystępujący, kierując się rodzajem przedmiotu zamówienia (zamówienie na roboty budowlane) Zamawiający chciał pozyskać w tym obszarze (tj. kosztów pracy) dane kalkulacyjne w zakresie co najmniej zgodności 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i

zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Dał temu wyraz z regulacji pkt 2 SWZ, gdzie wyznaczył krąg podmiotowy osób, co do których oczekiwał, że będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę (chodzi o robotników budowlanych, pracowników fizycznych, wykonujących roboty i prace budowlane pod kierownictwem kierownika budowy).

Zamawiającemu przyświecała troska o przeciwdziałanie zjawisku zatrudniania osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez te osoby czynności (usługi) w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej oraz skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (na co zwraca uwagę art. 95 ust. 2 ustawy PZP, który jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane).

Nie ma jednolitego uniwersalnego wzorca kalkulacji ceny ofertowej w obszarze kosztów pracy. Wykazywanie realizmu ceny ofertowej jest dowodzone rozmaicie, w tym poprzez przedstawianie kosztorysów uproszczonych, zanonimizowanych umów o pracę, list płac.

W realiach analizowanej sprawy Przystępujący w sposób przekonywujący udowodnił, że jego polityka wynagrodzeniowa w kontekście wypełnienia oczekiwań Zamawiającego - nie budzi wątpliwości.

Przystępujący przedstawił zanonimizowane umowy o pracę 7 pracowników budowlanych. Struktura ich wynagrodzenia obejmowała każdorazowo wynagrodzenie powyżej kosztów wynagrodzenia minimalnego w rozumieniu ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Składki na ubezpieczenie społeczne i składki na ubezpieczenie zdrowotne zostały pobrane, struktura wynagrodzenia obejmowała nie tylko wynagrodzenie zasadnicze, ale także dodatki za godziny nadliczbowe, wynagrodzenie za urlop wypoczynkowy,

Odtwarzanie procesu analitycznego Zamawiającego było następujące:

1. stawka minimalnego miesięcznego wynagrodzenia obowiązująca od 1 stycznia 2022r. to kwota 3010 zł brutto, 2210 netto, a obowiązująca do dnia 31 grudnia 2021 r. to kwota 2800 zł brutto, czyli 2067 zł netto.

2. minimalna stawka godzinowa 19,70 zł, obowiązująca od 1 stycznia 2022 r., a minimalna stawka godzinowa obowiązująca do dnia 31 grudnia 2021 r. to 18,30 zł

3. stawka minimalnego miesięcznego wynagrodzenia pracownika z najniższym miesięcznym wynagrodzeniem Przystępującego to kwota 5.805,62 zł brutto,

4. minimalna stawka godzinowa pracownika z najniższym miesięcznym wynagrodzeniem Przystępującego to 34,74 zł (powstała z podzielenia kwoty 5.805,62 zł przez liczbę godzin roboczych w miesiącu, czyli 167), obowiązująca do 31 grudnia 2021 r.

Dalej, pomimo nie przedstawienia przez Przystępującego dokumentu potwierdzającego istnienie zmiennego składnika wynagrodzenia w formie nagrody, Zamawiający ustalił, że listy wynagrodzeń potwierdzają, że w miesiącu styczniu każdy z pracowników Technical Solution sp. z o.o. otrzymał nagrodę (z czego pracownik Przystępującego z najniższym wynagrodzeniem otrzymał kwotę 2060 zł).

Podstawa wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne to kwota 3010 zł, z czego kwota 514,71 zł to obciążająca pracodawcę część wynagrodzenia odprowadzana na ubezpieczenie społeczne.

Po porównaniu tej wartości z wynagrodzeniem pracownika z najniższym wynagrodzeniem równowartość składki na ubezpieczenie społeczne w części obciążającej płatnika wynosi 563,70 zł, a więc więcej niż minimalna składka wynosząca 514,71 zł.

Podstawa wymiaru składek na ubezpieczenie zdrowotne to kwota 3010 zł, z czego kwota 270,90 zł to obciążająca pracodawcę część wynagrodzenia odprowadzana na ubezpieczenie społeczne.

Po porównaniu tej wartości z wynagrodzeniem pracownika z najniższym wynagrodzeniem równowartość składki na ubezpieczenie społeczne w części obciążającej płatnika wynosi 448,54 zł, a więc więcej niż minimalna składka wynosząca 270,90 zł.

Przystępujący udowodnił więc jednoznacznie, iż koszty pracy w tym znaczeniu, że stawka 25,00zł netto roboczogodziny jest wyższa aniżeli minimalna stawka godzinowa obowiązująca od 1 stycznia 2022r. (wynosząca 19,70 zł) - usuwając tym samym wątpliwości Zamawiającego co do kosztów płacowych jako części składowej ceny ofertowej. Zamawiający nie znalazł innych powodów do kwestionowania powyższych danych, podobnie rzecz ma się z wykazaniem kosztów pozapłacowych.

Kierując się dyspozycją art. 555 PZP Zamawiający uznał, że skoro zarzut rażąco niskiej ceny w części dotyczącej kosztów płacowych oraz kosztów pozapłacowych (ubezpieczenie zdrowotne, ubezpieczenie społeczne) nie potwierdził się, toteż za celowe uznał podjąć

polemikę z odwołaniem tylko w tym zakresie (oraz w innych, ale ściśle skonkretyzowanych, obszarach, o czym szerzej w dalszej części pisma). Zresztą, taka metodologia badania mechanizmu cenowego została wymuszona przez Zamawiającego, który jasno ustawił priorytety badawcze jak w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2022 r.

Zanim o pozostałych aspektach oferty cenowej, to Zamawiający podkreśla, że wypada zgodzić się z Krajową Izbą Odwoławczą, która w wyroku z dnia 28 grudnia 2021 r., KIO 3594/21 wskazała, że „(...) Natomiast dokonując oceny prawidłowości działania zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Ceną rażąco niską jest bowiem cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na generowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. W ramach uwag natury ogólnej dodać należy, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczane przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalnia Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wyczerpujące i wykazujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Nie budzi bowiem wątpliwości Izby, że Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią

możliwe zrealizowanie zamówienia. Tak określone podstawy faktyczne zarzutów odwołania stają się następnie punktem odniesienia dla weryfikacji wyjaśnień przedstawionych przez konkurencyjnego wykonawcę, przy czym ciężar wykazania ich bezzasadności spoczywał będzie w postępowaniu odwoławczym co do zasady na uczestniku postępowania, który złożył ofertę podlegającą ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny (...)

W korelacji z powyższym pozostaje okoliczność, że w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał pewnej selekcji wymagań dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny, na czoło wysuwając czynniki związane z kosztami pracy i kosztami pozapłacowymi. Dalej, Zamawiający zmapował przykładowe wyliczenie określone treścią art. 224 ust. 3 PZP, ale nie wskazał poziomu szczegółowości wymaganych wyjaśnień, jakie powinni złożyć wykonawcy. Takie skonfigurowanie wymagań Zamawiającego, jak w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2022 r. jasno wskazuje, że koszty pracy i koszty pozapłacowe były czynnikiem cenotwórczym, który pozostawił niedosyt informacyjny Zamawiającego w procesie analizy ofert. Dalsze wymagania zostały ocenione na podstawie dostępnej dokumentacji dołączonej do oferty poszczególnych wykonawców oraz wyjaśnień, stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2022 r.

Przystępując do wyjaśniania poszczególnych czynników zasygnalizowanych w odwołaniu, to Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nie ma racji kontestując narzuty cenowe Przystępującego. Nie można bowiem oddzielić wyjaśnień uczestnika postępowania odwoławczego od całokształtu okoliczności sprawy, w tym oferty Przystępującego oraz załączników. Taka metoda konstruowania zarzutów, w ocenie Zamawiającego, nie daje gwarancji powodzenia.

Wchodząc w szczegóły, także wykorzystując pomocnicze kryterium badawcze w postaci porównania ofert Odwołującego i Przystępującego, w tym analizując przedmiary obu uczestników postępowania odwoławczego, Zamawiający podkreśla, że dysponując zestawieniami cenowymi Odwołującego oraz Przystępującego dołączonymi do oferty, w koszcie dotyczącym wykonania robót drogowych Zamawiający ustalił, że Przystępujący nie tylko zamieścił ten wydatek cenotwórczy, ale przedstawił bilans poszczególnych cen jednostkowych tak w obszarze robót rozbiórkowych nawierzchni drogowych, jak i robót odtworzeniowych nawierzchni drogowych. Zarzut z pkt 6 odwołania nie został potwierdzony.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Podobnie za nie polegający na prawdzie Zamawiający uznał wytyk Odwołującego z pkt 2.

W przedmiarze ofertowym Przystępującego ujęto koszt wykonania kanałów metodą wykopową i metodą bezwykopową (pkt 9-12 przedmiaru). Dodatkowo, porównanie ofertowych narzutów cenowych obu Wykonawców wskazuje, że oferta Odwołującego jest droższa w tym obszarze o kwotę ponad 0,5 mln zł.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Koszt zakupu studni to z kolei poz. 13, 14 i 18 przedmiaru, gdzie oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną.

Wycena obsługi geodezyjnej to poz. 8 przedmiaru, a oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną. Wycena usługi inspekcyjnej to poz. 7 przedmiaru, a oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Zamawiający nie podzielił żadnego z zarzutów wskazanych w pkt 2 odwołania o braku skonkretyzowanych pozycji cenowych.

Nietrudno oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący skoncentrował swoje wysiłki na badaniu wyjaśnień Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022r. zupełnie abstrahując od pozostałych materiałów ofertowych, przedłożonych przez przystępującego, w tym przedmiaru Przystępującego.

Niepodobna zgodzić się z Odwołującym, który wytknął jak w pkt 4 i 5 odwołania. Załączniki do pisma Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022 r. nic nie wspominają o polityce rabatowej kontrahentów Przystępującego, ani o tym, że Przystępujący korzysta z jakichkolwiek preferencji cenowych w relacjach z siecią własnych dostawców.

Niezależnie od powyższego w pkt 25.9 SWZ Zamawiający zastrzegł, że uważa się, że Cena Oferty podana w Formularzu Oferty zawiera każdy upust, jeśli jest oferowany. Jakikolwiek upust wskazany oddzielnie gdzie indziej w ofercie nie będzie brany pod uwagę.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który zarzuca, że Przystępujący nie wykazał, jakie korzyści daje posiadanie własnego zaplecza sprzętowego, a także własnej bazy technicznej. Odwołując się do poz. 1 przedmiaru proste zestawienie przedmiarów obu uczestników wskazuje, że korzyść Przystępującego to kwota 20.000 zł w relacji do oferty Odwołującego, oraz kwota 330.000 zł w relacji do oferty podmiotu nie uczestniczącego w postępowaniu odwoławczym.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Jakie są tego przyczyny oraz wielkość oszczędności? Na to pytanie odpowiada

Przystępujący w pkt 3a i 3b pisma z dnia 31 stycznia 2022 r.

Podłoże uzyskiwanych korzyści ma swoje oparcie w decyzjach Starosty Krapkowickiego, dołączonych do pisma Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022r. (por. pkt 3 i n. decyzji).

Zamawiający nie może przedstawić szczegółowych danych Odwołującego wobec nadania im klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa (na praktyczne skutki tej decyzji wykonawcy zwracała uwagę KIO w wyroku z dnia z dnia 21 czerwca 2021 r. KIO 1412/21), tym niemniej bazując na danych z przedmiaru o wielkości korzyści możliwych do uzyskania po stronie Odwołującego wielkość ta jest niższa aniżeli Przystępującego.

Wreszcie, rozprawa z zarzutem Odwołującego dotyczącym zastosowania rur ochronnych z PEHD zamiast stalowych, co miałyby być technologicznie niewykonalne musi zostać poprzedzona stwierdzeniem, że w Specyfikacji Technicznej załączonej do postępowania przetargowego jest zapis, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur ochronnych z PEHD.

W celu zbadania zasadności tego zarzutu Zamawiający zwrócił się do autora dokumentacji projektowej z wnioskiem o opinię, czy zastosowanie rur ochronnych z PEHD jest metodologicznie uzasadnione i technologicznie wykonalne, a odpowiedź jednostki projektowej była pozytywna.

Dowód: - pismo Zamawiającego do projektanta z dnia 07 marca 2022r. — załącznik nr 2
opinia Biura Projektów Profim s.c. z dnia 9 marca 2022r. — załącznik nr 3

Co więcej, w poz. 12 przedmiaru robót będącego załącznikiem do oferty Przystępującego (strona 1 przedmiaru — dział „Kanały uliczne”), opisuje stosowanie rur ochronnych stalowych śr. 273x8,0 mm.

Nie może być więc mowy o zasadności tego wytyku Odwołującego.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Przystępującego w połączeniu z innymi materiałami tego Wykonawcy tworzą komplementarną i spójną całość, z punktu widzenia konieczności usuwania wątpliwości Zamawiającego w procedurze z art. 224 PZP. Niepodobna zgodzić się z Odwołującym, który dokonał delimitacji wyjaśnień Przystępującego od oferty tego ostatniego podmiotu. Przystępujący przedstawił też wiarygodne dowody.

Z powyższych przyczyn Zamawiający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania w trybie art. 522 PZP, wnosząc i wywodząc jak powyżej.

Załączniki:

Nr 1 - zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu

Nr 2 - pismo Zamawiającego do projektanta z dnia 07 marca 2022r

Nr 3 — opinia Biura Projektów Profim s.c. z dnia 9 marca 2022r

(Zaświadczenie o wyborze Wójta Gminy Kornowac)

Pismo z dnia 15 marca 2022r. PISMO ODWOŁUJĄCEGO

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac — etap I” nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego RI.271.1.2022.SŻ - dalej postępowanie Nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00006241/01 nr ref: RI.271.1.2022.SŻ

Działając w imieniu TKS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, na podstawie pełnomocnictwa, które przedkładałam w załączeniu, ustosunkowując się do przystąpienia wniesionego przez Technical Solutions sp. z o.o. (dalej zwanego TS lub Przystępujący) oraz odpowiedzi Zamawiającego podtrzymuję zarzuty odwołania i wskazuję co następuje:

I. Rażąco niska cena

1. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kornowac Wykonawcy — zgodnie z postanowieniami SWZ złożyli oferty z załącznikami. Jednym z załączników do oferty był wyceniony Przedmiar Robót.

2. Zamawiający po zapoznaniu się z ofertami i załączonymi wycenionymi Przedmiarami wystosował do Wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych.

3. Wezwanie - jak wynika z jego treści - zostało wystosowane przede wszystkim na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, czyli — jak wyjaśnił Zamawiający — z uwagi na to, że zaoferowana cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe wydają się Zamawiającemu rażąco niskie lub budzą wątpliwości

Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

4. W związku z w/w wątpliwościami Zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, Zamawiający nie ograniczył żądania np. do niektórych tylko pozycji przedmiaru, bądź w inny sposób. Treść wezwania ewidentnie zatem przeczy stanowisku Zamawiającego wskazanemu w odpowiedzi na odwołanie, wedle którego w wezwaniu Zamawiający rzekomo dokonał selekcji wymagań co do elementów kalkulacyjnych ceny. Przeciwnie w pkt 3 wezwania sam Zamawiający wskazał na otwarty katalog czego mogą dotyczyć wyjaśnienia całej ceny, których oczekiwał od Przystępującego.

5. Dodatkowo (ust. 2 wezwania do wyjaśnienia) Zamawiający wskazał, że jest zobligowany także na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 pzp do złożenia wyjaśnień i nie odstąpił od tego obowiązku, mimo takie uprawnienia. Tak więc Zamawiający nie uznał, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia art. 224 ust. 2 pkt. 1 pzp).

6. Wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca działając we własnym dobrze pojętym interesie musi zatem udowodnić, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, bowiem gdy to nie nastąpi, przyjmuje się, że jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że cena jego oferty jest rażąco niska. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie publicznie są profesjonalistami, od których wymaga się podwyższonego miernika staranności zgodnie z 355 k.c. w związku z art.8 ust.1 Pzp. (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 KIO 3671/21)

7. Zamawiający żądając wyjaśnień był już w posiadaniu wycenionych przedmiarów złożonych przez wszystkich wykonawców i miał pełną świadomość jakie kwoty są zawarte w przedmiarach i ofertach. Mimo to uznał, że są wymagane wyjaśnienia celem ustalenia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

8. Zamawiający znając ceny poszczególnych ofert nie uznał, że doszło do przeszacowania wartości zamówienia bądź, że występują inne okoliczności mogące zwolnić go z obowiązku żądania badania. Co więcej - ust. 1 wezwania do wyjaśnień wskazuje, iż Zamawiający niezależnie od różnicy pomiędzy cenę ofertową a wartością zamówienia uznał, iż wymagane są wyjaśnienia, gdyż Zamawiający ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub

wynikającymi z odrębnych przepisów, a zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

9. Zamawiający zażądał wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztów itp. wskazując czego w szczególności (lecz nie tylko) mogą te wyjaśnienia dotyczyć. Czynniki związane z kosztami pracy i kosztami pozapłacowymi są jednym z elementów wyjaśnień, lecz nie jedynym.

10. Twierdzenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego stoją zatem w sprzeczności z treścią wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdzie Zamawiający nie ograniczył tych wyjaśnień wyłącznie do wykazania kosztów pracowniczych i pozapłacowych, jak też nie ograniczył żądania do poszczególnych pozycji Przedmiaru, co jednoznacznie świadczy iż wymagał wyjaśnienia i złożenia dowodów zarówno w zakresie wyliczenia ceny jak i kosztu jak i istotnych części składowych i tak zrozumieli to pozostali wykonawcy o czym świadczy treść ich wyjaśnień.

11. Wykonawca TS pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu nie sprostął wykazaniu, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, czym naruszył także przepis art. 224 ust. 5 p.z.p., a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

12. Wyjaśnienia Przystępującego są całkowicie ogólnikowe i w istocie niczego nie wyjaśniają, co ma związek z przedmiotowym postępowaniem. TS nie wyjaśnił ani jednego kosztu wskazanego w przedmiarze. Przystępujący nie wyjaśnił (co Odwołujący wyraźnie wskazał w odwołaniu) w najmniejszym zakresie, iż oferowana cena jest realna i Przystępujący wykona zamówienie w tej cenie. Przystępujący nie wykazał m.in. kosztów kluczowych elementów kosztotwórczych takich jak koszty wykonania przewiertów, koszty zakupu studni, pompowni przydomowych, kruszywa, masy bitumicznej czy też koszty finansowania inwestycji z uwagi na zasady płatności określone umową. Argumenty w tym zakresie zawarto wprost w treści odwołania, stąd bezpodstawnie Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie twierdzi, że osią sporu jest tylko ocena kosztów pracy. Zarzuty odwołania wykraczają daleko szerzej niż tylko koszty pracy podane w ofercie Przystępującego.

13. Fakt, że w przedmiarze zostały podane konkretne kwoty nie oznacza, iż za taką kwotę te prace mogą zostać wykonane, gdyby było inaczej zamawiający nie żądałby złożenia wyjaśnień bądź ograniczyłby wyjaśnienia wyłącznie do wątpliwych pozycji.

14. „Przedmiar jednakże nie ma żadnego znaczenia dla dokonania oceny wyjaśnień przystępującego. Ani Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny, ani Przystępujący w wyjaśnieniach nie odwołują się do niego, natomiast rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego. Dodatkowych okoliczności podnoszonych w postępowaniu odwoławczym oraz dowodów przedstawionych przez Przystępującego Izba nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2021 r., KIO 1999/21)

15. Ewentualna porównywalność cen nie ma znaczenia prawnego, gdyż oferowane ceny zależą ewidentnie od przymiotów konkretnego wykonawcy, a w szczególności, lecz nie tylko, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, na co wyraźnie wskazuje dyspozycja przepisu art. 224 ust. 3 pkt 2) pzp. Przy czym okoliczności te powinny zostać poparte dowodami.

16. Skoro Zamawiający żąda wyjaśnień od wszystkich wykonawców to powinien je oceniać indywidualnie. Gdyby odwoływać się jedynie do tabelarycznego porównania elementów cząstkowych ceny wynikających z przedmiaru, nie byłoby potrzeby wcale wzywania do wyjaśnienia ceny. Jednakże Zamawiający taką potrzebę widział i zastosował instytucję wezwania do wyjaśnienia ceny.

17. W wyroku z dnia 21 czerwca 2021 r. KIO 1412/21 wskazano "Ponadto w ocenie Izby nie można deprecjonować, jak czyni to Zamawiający oraz Przystępujący Drogi i Mosty, konieczności przedstawienia przez wykonawców dowodów potwierdzających, że cena nie jest rażąco niska, na którą to konieczność wskazywała zarówno treść wezwania, jak i na którą wskazuje ustawa Pzp (obowiązek ten wynika wprost z art.224 ust.1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż "zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych", a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty "jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu"). Ustawa PZP nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie.

Brak przedstawienia szczegółowych danych i dowodów w odniesieniu do kwestii kosztów pracy i zgodności z obowiązującymi przepisami, ale również w odniesieniu do okoliczności

mających wpływać na obniżenie ceny, na które wykonawcy powoływali się w treści wyjaśnień, powoduje, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Drogi i Mosty oraz przez wykonawcę Granar dokonywana przez Zamawiającego siłą rzeczy opierać musiała się na domysłach i jego własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, ewentualnie w tym przypadku także na wcześniejszej współpracy z danym wykonawcą i wiedzy co do posiadanych przez niego zasobów (co przyznał na rozprawie Zamawiający). Taka sytuacja nie jest akceptowalna z perspektywy zasady równego traktowania wykonawców.”

18. Z wyjaśnienia ceny złożonej przez Odwołującego wynika, iż zawiera ono szczegółową kalkulację wraz z uzyskanymi ofertami. Wyjaśnienia Zisco B. sp. z o. o. również zawierają kalkulację oraz potwierdzają ceny wykonania kluczowych zakresów. Jedyne Przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów, chociażby na możliwość wykonania — tak jak w przypadku Zisco B. — istotnych zakresów. Przy czym — jak wynika z przedstawionej przez zamawiającego porównania cen wskazanych w przedmiarach w niektórych przypadkach różnice sięgają nawet kilkuset tys złotych, co już samo w sobie winno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego czy podmiot oferujący najniższą cenę w tym zakresie na pewno uwzględnił wszystkie okoliczności i czynniki wpływające na koszt realizacji.

19. Tak więc bezsporne jest, iż TS nie wykazał w najmniejszym zakresie, iż w zaproponowanej cenie jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją.

20. Nie wiadomo też czy TS ustalając cenę uwzględnił wszystkie specyficzne warunki i czynniki, które utrudniają realizację zadania jak np.:

silne nawodnienie gruntu - wymagane pompowanie wody przy użyciu zestawów do igłofiltrów i/lub wykonanie studni głębinowych i obniżenie zwierciadła wód podziemnych (na połowie zadania lub więcej), w tym: koszt pracy przy ciągłym wplukiwaniu i usuwaniu igieł, koszt pracy agregatów pompowych oraz koszty związane z wynajmem zestawów i kosztem transportu, wzmocnienia podłoża w gruntach słabonośnych pod rurociągami i studniami (na połowie zadania lub więcej). Wykonanie wzmocnienia podłoża wymaga wykonania znacznie większej ilości robót ziemnych na większych głębokościach (przegłębienie), wymaga odwiezienia i zutylizowania znacznie większej ilości ziemi, wymaga wykonania materaców z kruszywa filtracyjnego i geotkaniny, znacząco obniża osiąganą wydajność co ma znaczny wpływ na powiększenie nakładów robocizny i sprzętu oraz kosztów pośrednich i ogólnych, kosztów transportu i opłat za składowanie odpadów.

21. Ocena Zamawiającego wiąże się wyłącznie z porównania złożonych przedmiarów, zakładając iż skoro inny wykonawca udowodnił, przedkładając np. dedykowane wyłącznie dla niego oferty, że wykona zamówienie w podanej cenie, to TS zwolniony jest z obowiązku udowadniania tej okoliczności.
22. Wyjaśnienia Zamawiającego dodatkowo potwierdzają naruszenie przez niego zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.
23. Ponadto Przystępujący — wbrew temu co twierdzi w przystąpieniu i wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie Odwołującego — nie wykazał, iż zatrudnieni pracownicy otrzymują wynagrodzenie w minimalnej wysokości.
24. Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 105 kodeksu pracy „Pracownikom, którzy przez wzorowe wypełnianie swoich obowiązków, przejawianie inicjatywy w pracy i podnoszenie jej wydajności oraz jakości przyczyniają się szczególnie do wykonywania zadań zakładu, mogą być przyznawane nagrody i wyróżnienia. Odpis zawiadomienia o przyznaniu nagrody lub wyróżnienia składa się do akt osobowych pracownika.”
25. Tak więc z definicji nagrody wynika, iż jest ona świadczeniem przyznawanym fakultatywnie, nie jest świadczeniem stałym, a jej przyznanie wymaga spełnienia szczególnych warunków.
26. Przedłożone paski świadczą wyłącznie o tym, że jacyś (nie wiadomo czy to pracownicy, których umowy zostały przedłożone) pracownicy otrzymali nagrodę na koniec roku - być może jednorazową a nie potwierdza tego, że taka nagroda wypłacana jest co miesiąc każdemu pracownikowi. Nic potwierdzają tego także umowy o pracę przedłożone przez TS, a innych dokumentów Przystępujący nie przedstawił.
27. Natomiast przedłożone umowy o pracę potwierdzają, iż pracownicy TS otrzymują wynagrodzenie zasadnicze w wysokości poniżej wynagrodzenia minimalnego i w żaden sposób nie zostało udowodnione że jest inaczej.
28. Pomijając powyższe — wskazanie stawki roboczogodziny na poziomie 25 zł także w najmniejszym zakresie nie wyjaśnia jak ta stawka ma się do oferowanej ceny, ile roboczogodzin, ile brygad, ile osób itp. przewidział TS do wykonania zamówienia.
29. Kolejnym zarzutem do sporządzonego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, który Zamawiający całkowicie pomija jest jego nierzetelność. W szczególności świadczy o tym fakt, że do wyjaśnień dołączona została oferta na dostawę rur, gdzie jedną z pozycji były rury PEHD (zamiennik w stosunku do określonych w dokumentacji przetargowej), W przystąpieniu jednakże wskazano, iż: Tym samym zastosowanie rur PEHD fi 280 mm było

rozpatrywane wyłącznie jako alternatywa, która jednak nie znalazła się w wycenie. Zatem dlaczego taka oferta została przedstawiona Zamawiającemu i w jaki sposób miały pomóc w wyjaśnieniu iż cena nie jest rażąco niska?

30. Kolejno - w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący powołał się na realizację zamówienia siłami własnych pracowników, a z przystąpienia wynika, iż przynajmniej część zamówienia (oferta na wykonanie przewiertu) będzie podzlecona. Oferta na wykonanie przewiertu — mimo iż, datowana na styczeń 2022r. nie została dołączona do wyjaśnień, a obecnie nie może być wcale brana pod uwagę. Jak stanowczo wskazała KIO w wyroku z dnia 24.2.2020r. KIO 262/20 „w toku postępowania odwoławczego, nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały prawidłowo ocenione”.

31. Odwołujący wskazuje również, że między innymi Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z 3.12.2018 r. (V Ca 795/18, niepubl.) zaznaczył, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art.90 ust.1 pzp 2004 (obecnie art.244 ust.1 pzp) skoro postępowanie odwoławcze przed kio stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego skarżącego przed izbą. Składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być wzięte pod uwagę ani przez kio, ani przez sąd. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed kio (por. też m.in. wyrok kio z 27.7.2017 kio 1336/17 wyr. kio 1336/17; wyr kio z 28.02.2017 r. kio 288/17).

32. Powyższe argumenty potwierdzają słuszność odwołania, że Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący raz jeszcze zaznacza, że treść normy art. 224 ust. 5 Prawa zamówień publicznych nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega

także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania (por wyrok KIO z dnia 19.10.2021 r, KIO 2758/21). Ponadto „Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę” (wyrok KIO z dnia 20.08.2021r. KIO 2249/21). Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny, poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień (wyr. KIO 14.1.2019, KIO 2648/18). Tymczasem wyjaśnienia TS były ogólnikowe pozbawione konkretów, nienależycie umotywowane i w żaden sposób nie uzasadniały podanej w ofercie ceny.

Niezgodność z warunkami zamówienia

33. TS czyli wykonawca wybrany składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedłożył ofertę. z której wynikało, iż wszystkie kanały główne wskazane w poz. 12 przedmiarów załączonych do oferty wykonane będą z rur PEHD fi280 SDR17, a nie z rur stalowych, jak wynika z dokumentacji.

34. Na zarzut zawarty w odwołaniu, iż taka zamiana uniemożliwi prawidłowe lub zgodne z dokumentacją wykonanie zamówienia, w tym iż nie istnieją tak niskie fabryczne płozy dystansowe TS wskazał iż płozy, które należałoby zastosować przy wspomnianej rurze fi 280 mają wysokość 15mm w załączeniu karta katalogowa firmy AKWEDUKT MP Sp. z o.o. i są fabrycznie produkowane, więc nie ma potrzeby stosowania średnicy wyższej np. PEHD fi315 dla rury PVC fi200,

35. Twierdzenie powyższe jest błędne, gdyż w/w płozy nie nadają się do zastosowania przy wykonaniu zamówienia za pomocą rur PEHD fi 280 z przyczyn wskazanych niżej:

36. Płozy można nabyć o wysokości minimalnej 15 mm: rysunek techniczny w piśmie - akta sprawy

37. Dla rur ochronnych PEHD DZ=280 mm SDR17, które zostały wykazane w przedłożonej ofercie przez TS, średnica wewnętrzna (DW) wynosi: $280 - 280 / 17 * 2 = 247$ mm. Średnica rury przewodowej DZ=200 mm. Biorąc powyższe pod uwagę: zapas wysokości wynosi: $247 - (200 + 2 * 15) = 17$ mm

Zgodnie z katalogiem producenta, wysokość "H" dotyczy wysokości płozy bez nośnika!

38. rysunek techniczny w piśmie - akta sprawy

39. Pas nośnika, może mieć grubość 5 mm lub więcej, wtedy $17 \text{ mm} - 5 \text{ mm} * 2 = 7 \text{ mm}$ zapasu. Należy dodać, że rury PEHD łączy się poprzez zgrzewanie co powoduje powstawanie wypływek wys. 3-5 mm które w dalszym stopniu zawężają prześwit.

Na niektórych odcinkach ($L < 12 \text{ m}$) można uniknąć zgrzewania stosując całe rury, jednak to znacznie podraża koszty, a na odcinkach dłuższych niż 12 m nie jest możliwe do uniknięcia.

39.1. Rury PEHD przez swą elastyczność i termoplastyczność, rzadko są dokładnie osiowe. Przekrój poprzeczny jest bardziej owalny niż okrągły (nawet do kilku mm różnicy szczególnie latem) oś podłużna nie jest idealnie prosta itp.

40. Jednakże najważniejszy jest fakt, iż zgodnie z katalogiem Akwedukt, płozy należy dobierać w następujący sposób:

2) maksymalna wysokość płóz powinna umożliwić wsunięcie rury przewodowej wraz z płozami do rury ochronnej w taki sposób, by u góry nad pasem płóz pozostał luz niezbędny do montażu (min. 20mm),

W tym miejscu w piśmie znajduje się wzór matematyczny - pismo w aktach.

Większy luz ułatwia montaż rury przewodowej w rurze ochronnej.

41. wg tego, dla konfiguracji: rura ochronna PE DZ280 mm SDR 17 (DW247 mm) oraz rura przewodowa PVC DZ 200 mm należy stosować płozy o maksymalnej wysokości $[(247-200)] 2J-20=3,5 \text{ mm}$.

Z powyższego wynika, iż maksymalna wysokość płozy winna wynosić 3,5 mm, a takie płozy nie istnieją ($H = 3,5 \text{ mm}$). Natomiast dobór niezgodny z zaleceniem producenta jest niedopuszczalny.

42. Przedstawiona oferta Tadmar na pierścień dystansowy PE o średnicy zewnętrznej 246 mm i wewnętrznej 201 mm grubości 20 mm nie wskazuje nawet jakiego producenta jest to materiał i jakie warunki należy spełnić stosując te płozy. Jednakże uwzględniając wyłącznie wielkości stwierdzić można, iż podana wysokość 246 mm przy uwzględnieniu średnicy wewnętrznej rury ochronnej równej 247 mm, powoduje, że zapas wysokości wynosi jedynie 1 mm ($247-246$)! Zgodnie z zastrzeżeniami pkt 39.1.

Niektórzy producenci (np. sugerowany Akwedukt), zalecają aby minimalna różnica wynosiła 20 mm określając ją jako minimalną (jak w pkt 40).

43. tak więc TS nie byłby w stanie wykonać zamówienia zgodnie z warunkami Zamawiającego dokonując zamiany rur stalowych na rury PEHD zgodnie z ofertą Saint — Gobain Polska Sp. z o.o. i Tadmar Infrastruktura Rybnik stanowiącą załącznik do wyjaśnienia ceny, co potwierdza zarzut Odwołującego.

44. Ponadto dla przewiertów rurą PEHD DN280 SDR17 stosuje się inne techniki wykonywania przewiertów. Techniki te nie nadają się do układania kanalizacji szczególnie gdy trzeba je układać precyzyjnie na rzędnych — zgodnie z projektem technicznym.

45. Można te rury (fi280 PEHD) układać w wykopie z wykonaniem warstw ochronnych piaskowych (kategorycznie nie powinny być zasypane gruntem z kamieniami). Nie można ich jednak przeciągać w gruncie (podczas przewiertu) gdzie są narażone na zarysowania a nawet rozcięcia.

46. Do przewiertów mają dopuszczenie rury wielowarstwowe PE-RC, PE-TS itp., a nie zwykle rury PEHD (jak w ich ofercie). Przystępujący potwierdził w przystąpieniu, iż nie przewidział rur stalowych, ani innych rur PEHD i dokonał zamiany rur stalowych na rury PEHD DN280 SDR17 w całości, a przy użyciu takich rur nie jest możliwe wykonanie przewiertów.

47. Informację o dokonanej zamianie rur Przystępujący zawarł w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, dołączając ofertę na zamienniki tak więc twierdzenie, iż. „Tym samym zastosowanie rur PEHD fi 280mm było rozpatrywane wyłącznie jako alternatywa, która jednak nie znalazła się w wycenie.” nie jest zgodne ze stanem faktycznym i oświadczeniami oraz dokumentami składanymi przez Przystępującego.

48. Przedstawiona przez Zamawiającego opinia projektanta jest sprzeczna z wymogami producenta określonymi w katalogu, które zostały opisane powyżej.

49. Dodatkowo projektant błędnie przyjął, iż Przystępujący nie zamierzał zamienić wszystkich rur z poz. 12 przedmiarów. Z oferty przedstawionej przez Przystępującego (poz. 4 oferty Saint Gobain z dnia 10.01.2022r) oraz z treści przystąpienia wynika, iż taki był zamiar (alternatywa), z którego Przystępujący jednakże zrezygnował.

W świetle powyższych wyjaśnień odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Kornowac dn. 25.01.2022 r. RI.271.1.2022.SŻ Technical Solutions Sp. z o.o. ul. Strzelecka 13b 47-230 Kędzierzyn -Koźle

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac — etap I”.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych [art. 224 ust. 1 p.z.p.]

1. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021, poz. 1129), zwanej dalej "p.z.p.", zamawiający żąda od Państwa wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu 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.

2. Ponadto zamawiający jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 p.z.p. do zażądania od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

3. Zgodnie z art. 224 ust. 3 p.z.p. Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony Środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 p.z.p., na którego podstawie zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi żądać wyjaśnień, o których mowa w akapicie pierwszym, co najmniej w zakresie określonym w akapicie trzecim w pkt 4 i 6.

5. Niedostarczenie przez wykonawcę żądanych wyjaśnień do dnia 02.02.2022 r., do godz. 10:00, spowoduje, że zamawiający odrzuci Państwa ofertę jako ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p.

6. Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p., obowiązek wykazania, że Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień.

Kędzierzyn-Koźle, 31.01.2022r.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 25.01.2022r. (znak sprawy RI.271.I.2022.SŻ) do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w złożonej przez nas ofercie, w postępowaniu przetargowym na wykonanie zadania pn. „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac -etap I”, oświadczamy, że w naszej ocenie zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bezpodstawny.

Uzasadnienie

I. Spółka TS jest uznanym na rynku regionalnym i ponadregionalnym przedsiębiorcą zajmującym się m. in. realizacją inwestycji budowlanych w zakresie szeroko rozumianego drogownictwa. Poniżej wyjaśnienia wraz z dowodami wskazującymi, że zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny jest bezpodstawny:

1. AD 2 WYBRANYCH ROZWIĄZAŃ TECHNICZNYCH, WYJĄTKOWO KORZYSTNYCH WARUNKÓW DOSTAW, USŁUG ALBO ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ROBÓT BUDOWLANYCH. Utrzymanie wysoko cenionej marki Spółki TS, pracowników oraz stałych kontaktów handlowych z kontrahentami powoduje, że podmiot ten realizuje inwestycje o różnym poziomie dochodowości. Niekiedy, Spółka TS realizuje inwestycje z nastawieniem tylko na niewielki zysk, ale których realizacja pozwala na ciągłość funkcjonowania. Posiadanie dobrej marki na rynku powoduje także, że Spółka TS może liczyć na korzystne oferty dostawców materiałów budowlanych, w tym od bezpośrednich

producentów. W załączeniu przedkładamy ofertę cenową od naszych dostawców, ceny te jeszcze będą negocjowane na etapie składania zamówienia.

Ponadto, Spółka TS jest właścicielem pokaźnego parku maszyn, obejmującego specjalistyczne maszyny budowlane, sprzęt i środki transportowe, które są niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, więc nie zachodzi konieczność ich dzierżawy, najmu bądź też leasingu. Powoduje to, że zminimalizowane zostały koszty sprzętu.

Dowody:

- 1) oferta Hydro Partner nr OS-222/22/01/ZS z dnia 18.01.2022r.;
- 2) oferta Tadmar nr 26/01/2022/M.L. z dnia 10.01.2022r.;
- 3) wykaz sprzętu;
- 4) wykaz samochodów.

2. ZGODNOŚCI Z PRZEPISAMI DOTYCZĄCYMI KOSZTÓW PRACY, KTÓRYCH WARTOŚĆ PRZYJĘTA DO USTALENIA CENY NIE MOŻE BYĆ NIŻSZA OD MINIMALNEGO WYNAGRODZENIA ZA PRACĘ ALBOMINIMALNEJ STAWKI GODZINOWEJ, USTALONYCH NA PODSTAWIE PRZEPISÓW USTAWY Z DNIA

10.10.2002R. O MINIMALNYM WYNAGRODZENIU ZA PRACĘ DZ. U. Z 2020R. poz. 2207 LUB PRZEPISÓW ODRĘBNYCH WŁĄSCIWYCH DLA SPRAW, Z KTÓRYMI ZWIĄZANE JEST REALIZOWANE ZAMÓWIENIE. ZGODNOŚCI Z PRZEPISAMI Z ZAKRESU PRAWA PRACY I ZABEZPIECZENIA SPOŁECZNEGO, OBOWIĄZUJĄCYMI W MIEJSCU, W KTÓRYM REALIZOWANE JEST ZAMÓWIENIE. Spółka TS będzie wykonywała swoje zobowiązanie siłami własnych pracowników, dla których — zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy, obowiązują stawki godzinowe większe, niż stawki minimalne. W oparciu o przybliżoną średnią wartość stawek godzinowych, Spółka TS przyjęła wartość kalkulacyjną roboczogodziny na poziomie 25,00zł (Rg — 18,40zł cena minimalna dla robót inżynierskich dla województwa śląskiego poza stolicą (Sekocenbud, IV kw. 2021r.). Istotnym jest także fakt, że aktualnie Spółka TS jest pracodawcą dla około 109 pracowników.

Informujemy, że wynagrodzenie pracowników Spółki TS składa się zgodnie z Regulaminem Wynagradzania zasadniczo z dwóch elementów: stałego wynagrodzenia godzinowego i nagrody jako składnika stałego wynagrodzenia. Wysokość nagrody określana jest co miesiąc indywidualnie dla każdego pracownika i spełnia rolę motywacyjną, tym samym suma składników płacowych, przekracza w sposób zdecydowany wartość minimalnego wynagrodzenia miesięcznego tak i w płace jak i w stawce godzinowej. Widoczne jest to na

przesłanych Państwu dowodach, bo np. pracownik mający stawkę godzinową 16 zł osiąga znaczne wyższe wynagrodzenie. Związane jest to z charakterystyką naszej firmy, gdzie pracowników fizycznych mobilizujemy do zaangażowania i wydajnej pracy. Łączony system wynagrodzenia (godzinowego i nagrody motywacyjnej) jest tutaj najlepszym rozwiązaniem. Niemniej jednak, w skali miesiąca każdy pracownik otrzymuje wynagrodzenie znacznie wyższe, niż minimalne, co wiąże się z rozwojem naszej firmy i licznymi, realizowanymi kontraktami. Przyjęta przy formułowaniu oferty stawka roboczogodziny odpowiada stawce roboczogodziny, którą nasi pracownicy otrzymują przy uwzględnieniu nagrody. Należy przy tym pamiętać, że ujęta w kalkulacjach stawka roboczogodziny bezpośrednia zastosowana jest do ilości roboczogodzin wynikających z norm pracy zaczerpniętych z KNR, które podają nakłady maksymalne. Tym samym, w przypadku naszej oferty istnieje zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564).

W załączeniu jako dowód przesyłamy reprezentatywną próbkę aktualnych, zanonimizowanych dokumentów pracowniczych wskazująca przykładowy poziom stawek godzinowych pracowników Spółki TS (umowy o pracę, paski z wypłat).

Wskazana powyżej wartość kalkulacyjna roboczogodziny 25 zł jest stawką bezpośrednią netto stosowaną do kalkulacji na podstawie notowań rynkowych SEKOCENBUD, do której doliczane są koszty pośrednie w granicach 50-65% oraz zysk. W kosztach pośrednich uwzględnione są w naszej kalkulacji pozostałe koszty pracy wynikające z obowiązujących przepisów np. obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z wynagrodzeniem (składki obowiązkowe ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, PPK) i inne związane z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego np. wymiar urlopu wypoczynkowego, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalent za pranie odzieży roboczej, koszty obowiązkowego badania lekarskiego itp.).

Powyższe dowody stanowią również o zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Dowody: 5) reprezentatywna próbka aktualnych, zanonimizowanych dokumentów pracowniczych wskazująca poziom stawek godzinowych pracowników Spółki TS.

3. ZGODNOŚCI Z PRZEPISAMI Z ZAKRESU OCHRONY ŚRODOWISKA. Spółka TS podnosi, że zgodnie z polityką gospodarki odpadami oraz posiadany zezwoleniem (decyzja

BS.6220.7.2017 z dnia 23.08.2017r. oraz nr BS.6220.2.2020 z dnia 12.08.2020r.) i instalacją do kruszenia (przenośną):

a) gruz z rozbiórki, Spółka TS może poddać procesowi kruszenia i wykorzystać ponownie np. do podbudowy, przy tym bądź innym zadaniu i nie ma wówczas kosztu utylizacji, który wynosi średnio 30-50 zł netto za 1 tonę + koszty transportu (koszt kruszenia Spółki TS, to 15 zł za 1 tonę - w tym koszt koparki i kruszarki, gdzie transport do bazy będzie "drodzą" czyli samochody nie będą jechały puste z powrotem do bazy tylko zostaną napełnione gruzem);

b) odpad, który zostanie uzyskany przy rozbiórce drogi również zostanie poddany recyklingowi i wykorzystany do produkcji mas bitumicznych (brak kosztów za utylizację frezowin).

Dowody:

6) decyzja BS.6220.7.2017 z dnia 23.08.2017r.;

7) decyzja BS.6220.2.2020 z dnia 12.08.2020r.

Spółka TS podnosi, że zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu cena obliczona została w oparciu o ceny rynkowe występujące w zamówieniach publicznych na roboty budowlane. Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że czym innym są ceny rynkowe kształtowane przez konkurencję, a czym innym są wartości przyjmowane przez kosztorysantów „budujących” kosztorys inwestorski wyznaczający wartość przedmiotu zamówienia. Różnice pomiędzy cenami rynkowymi a wartościami przedmiotu zamówień określanymi przez publicznych zamawiających wynikają również z faktu, że kosztorysanci nie biorą pod uwagę uwarunkowań szczególnych konkretnych przedsiębiorców.

Podsumowując w tym miejscu, Spółka TS podnosi, że zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu cena nie odbiega od cen rynkowych, które Spółka TS poniekąd sama kształtuje na rynku regionalnym.

Reasumując powyższe, mamy nadzieję, że nasze wyjaśnienia i dowody są wystarczające aby podjąć słuszną decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Potwierdzamy, że nasza oferta w pełni obejmuje zakres określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn.: „Uporządkowanie gospodarki Ściekowej na terenie Gminy Kornowac -etap I”, w tym Dokumentacji Technicznej i gwarantuje wykonanie robót w sposób prawidłowy.

Zastosowane do wyliczenia koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia i uwzględniają cały zakres robót w/w zadania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowanie prowadzone przez zamawiającego (Gmina Kornowac), którego spór dotyczy w związku z wniesionym odwołaniem to „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac – etap I” nr referencyjny nadany sprawie przez zamawiającego: RI.271.1.2022.SŻ

Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP/ 000 062 41/01 w dniu 05.01.2022r. oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 05.01.2022 roku.

Odwołująca spółka TKS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (TKS), składając odwołanie, zarzuciła zamawiającemu Gminie Kornowac, zwanej też „zamawiającym” następujące naruszenia/zaniechania czynności przy wyborze najkorzystniejszej oferty:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez spółkę Technical Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu (dalej: „Technical Solutions” lub „TS” lub „przystępujący”, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego),
2. zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Technical Solutions pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i stanowi ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, a złożone przez Technical Solutions wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W związku z powyższym przyczyną wniesienia odwołania był wybór zamawiającego oferty TS (Technical Solutions) to jest przystępującego po stronie zamawiającego, wbrew przepisom ustawy Pzp. Według odwołującego TKS, oferta TS powinna zostać odrzucona jako oferta, która zawiera rażąco niską cenę w świetle złożonych wyjaśnień przez TS, na wezwanie zamawiającego. Ponadto w związku ze złożonymi wyjaśnieniami TS oferta jest niezgodna z warunkami postępowania, to jest z dokumentacją techniczną określającą technologię wykonywania robót budowlanych, uniemożliwiającą prawidłowe technologiczne ich wykonanie.

Na podstawie tych okoliczności faktycznych odwołujący wskazuje we wniesionym odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane/zaniechane z naruszeniem:

1. art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions (TS) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania i pomimo, że wykonawca TS wobec spoczywającego na nim ciężaru dowodu nie sprostął wykazaniu, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, czym naruszył także przepis art. 224 ust. 5 P.z.p., a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

4. art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 6 Pzp 224 ust. 3 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 266 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions (TS) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż z załączonych przez tego wykonawcę do wyjaśnień w sprawie ceny dokumentów wynika, nie tylko że cena jest rażąco niska, ale także wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny przez Technical Solutions (TS) jest 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 2020 r. poz. 220),

5. art. 226 ust.1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Technical Solutions (TS), której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem przedstawiony przez TS materiał (rury) który ma zostać wykorzystany do wykonania umowy wskazuje, że TS założył realizację prac w innej technologii niż wskazana w dokumentacji,

6. art. 16 pkt 1) i 2) Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania przejrzystego zbadania czy cena oferty wykonawcy Technical Solutions (TS) nie jest rażąco niska oraz zaniechania przejrzystego zbadania czy wyjaśnienia tego wykonawcy uzasadniają podaną w ofercie cenę oraz koszty.

7. art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Technical Solutions (TS) podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny (niewykazania, że cena nie jest rażąco niska) oraz niezgodności z warunkami zamówienia.

Pomimo, że odwołujący jak powyżej sformułował zarzuty w siedmiu pozycjach, wskazując na różne ich podstawy prawne to wobec wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktycznych, na których oparto zarzuty, można je skategoryzować do naruszenie przepisów badania i oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ponadto w kontekście wezwania zamawiającego a zwłaszcza udzielenia wyjaśnień przez TS doszło, jak twierdzi odwołujący TKS, do zaoferowania innej technologii wykonania robót kanalizacyjnych w kontekście złożonej oferty oraz do wymogów dokumentacji technicznej, z wątkiem zmiany tejże technologii na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do treści złożonej oferty Technical Solutions.

Powyższe wnioski wynikają z treści złożonego odwołania TKS z dnia 28 lutego 2021r., które zostało przywołane w pełnym zakresie i treści powyżej, we wstępnej części uzasadnienia wyroku.

Izba również powyżej przytoczyła w całej ich treści kolejno złożone pisma procesowe stron i uczestnika i tak:

Przystąpienie wykonawcy wybranego po stronie zamawiającego - wykonawca TS - pismo z dnia 4 marca 2022r., w którym przystępujący ustosunkował się kompleksowo do zarzutów odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 14 marca 2022r., w którym zamawiający ustosunkował się do podniesionych zarzutów odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismo odwołującego z dnia 15 marca 2022r. stanowiące w szczególności odpowiedź na stanowisko przystępującego, jak i na odpowiedź zamawiającego, z wnioskiem o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba dokonując oceny zgromadzonego materiału w sprawie w szczególności argumentacji stron i uczestnika w przedstawionych powyżej pismach złożonych w toku postępowania odwoławczego, w oparciu o przeprowadzone dowody z dokumentów, przywołanych i przedstawionych w sprawie, orzekła o oddaleniu odwołania.

Izba uznała argumentację formalną i prawną odwołującego jak również żądania odwołania za nieuprawnione i bezpodstawne, na tle zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, dzieląc tym samym argumentację formalną i prawną zamawiającego oraz przystępującego, przedstawioną powyżej w wymienionych pismach wraz z przywołanymi i przedstawionymi dowodami w sprawie jak i wynikającymi z załączonej do akt sprawy dokumentacji zamawiającego.

Tym samym, jak powyżej nadmieniono, Izba nie uwzględniając odwołania, nie uwzględniła również wniosków odwołania co do nakazania zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Technical Solutions oraz czynności badania i oceny

ofert, odrzucenia oferty Technical Solutions i powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania, mając na uwadze treść art.505 ust.1 ustawy Pzp., uznając interes prawny odwołującego do wniesienia odwołania, jako wykonawcy, który posiadał szansę na uzyskanie zamówienia, w przypadku uwzględnienia jego odwołania, posiadając drugą pozycję w rankingu ofert (informacja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2022 roku – w aktach sprawy).

Czynność oceny interesu w uzyskaniu zamówienia, Izba poprzedziła badaniem formalnym wniesionego odwołania, co do podstaw odrzucenia odwołania, nie stwierdzając przesłanek określonych w art.528 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając merytorycznie zarzuty odwołania, Izba nie podziela argumentacji co do oceny faktów jak i prawa przez odwołującego, zawartej w odwołaniu TKS (z dnia 28 lutego 2022r.), jak i w piśmie TKS z dnia 15 marca 2022r., stanowiącą krytykę stanowiska przystępującego TS w przystąpieniu z dnia 4 marca 2022r. jak i stanowiska zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2022roku. Bowiem Izba podziela argumentację zamawiającego Gminy Kornowac, jak i przystępującego Technical Solutions w przywołanych pismach z dnia 4 marca 2022r. (TS), jak i z dnia 14 marca 2022r.(zamawiający) i przyjmuje ją za własną.

Izba przeprowadzając dowód z wezwania zamawiającego, skierowanego do przystępującego, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 25.01.2022r. - w aktach sprawy) stwierdza blankietowość wezwania zamawiającego, a to oznacza, że zamawiający w żadnym stopniu nie zindywidualizował wezwania tylko powtórzył wprost regulacje ustawową art.224 ustawy Pzp. (art.224 ust.1, art. 224 ust.2, art.224 ust.3, art.224 ust.4 oraz art.224 ust.5 i 6 ustawy Pzp.) W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że wykonawca TS miał swobodę w udzieleniu odpowiedzi co do jej zakresu merytorycznego w tym jej szczegółowości co do pewnych elementów kosztowych i nie można czynić jemu skutecznie zarzutu pominięcia wyjaśnienia pewnych elementów kosztowych, które w ocenie odwołującego TKS są istotne do wykonania obowiązku wezwania zamawiającego. Należy stwierdzić, że wykonawca TS dostosował udzieloną odpowiedź do przepisów ustawy Pzp. odnoszących się do robót budowlanych i w tym zakresie obowiązującego reżimu prawnego wynikającego z art. 224 ust.3 pkt 4 w zw. z art.224 ust.4 ustawy Pzp. Przystępujący TS udzielając wyjaśnień – pismo z dnia 31.01.2022r. – w aktach sprawy - przedstawił w tym zakresie stosowne dowody to jest szczegółowe wyliczenia płac pracowników jak i przedstawiając załączniki do wyjaśnień (dokumenty płacowe). Wykonawca TS wykazał, że do ustalenia ceny zastosował wartość kalkulacyjną roboczogodziny 25 zł. jako stawkę bezpośrednią netto stosowaną do kalkulacji notowań rynkowych SEKOCENBUD, a co

znacznie przekracza obowiązującą minimalną stawkę na poziomie 20,00 zł. netto. Izba nie podziela poglądu prezentowanego w odwołaniu, że o koszcie pracy decyduje tylko i wyłącznie stawka godzinowa, ale na koszt pracy oprócz gwarantowanej obowiązującymi przepisami minimalnego wynagrodzenia, czy też minimalnej stawki godzinowej, zalicza się nagrody, premie i wszelkie narzuty obowiązujące od nich i inne świadczenia, związane chociażby z nieobecnością w pracy pracownika czy to z powodu choroby, czy urlopu. Izba przywołuje w tym względzie wyliczenia kosztu pracy jaki przedstawiono w stanowisku przystępującego (pismo z dnia 4 marca 2022r, - przystąpienie -w aktach sprawy) w odpowiedzi na zarzuty odwołania, dzielając w pełni przywołaną poniżej argumentację.

„Ponadto w sposób kategoriyczny należy wskazać, iż zarzut przez Zamawiającego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez odrzucenia oferty Technical Solutions jako oferty zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż z załączonych przez przystępującego wyjaśnień w sprawie ceny dokumentów wynika, iż nie tylko że cena jest rażąco niska, ale także że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowych, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jest bezpodstawny.

Zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami przez przystępującego wartość kalkulacyjna roboczogodziny 25,00 zł jest stawką bezpośrednią netto. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano-montażowych w 2022 r. wynosi 25,3166 zł = 18,0240 + 7,2926, w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość 25,32 zł i jest stawką brutto.

- Jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce przyjęto:
- obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2022 roku tj. 3.010,00 zł brutto,
- średni miesięczny czas pracy dla 2022 roku wynoszący 167 godzin.

Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 18,0240 zł.

Powyższą stawkę uzupełnia się o:

1 . narzuty podstawowe:

- 9,76% ubezpieczenie emerytalne (18,0240 * 0,0976) - 1,7591 zł

- 6,50% ubezpieczenie rentowe $(18,0240 * 0,0650)$ - 1,1716 zł
- 2,00% ubezpieczenie wypadkowe $(18,0240 * 0,0200)$ - 0,3605 zł
- 2,45% Fundusz Pracy $(18,0240 * 0,0245)$ - 0,4416 zł
- 0,10% Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych
 $(18,0240 * 0,0100)$ - 0,0180zł
- 1,50% Fundusz Emerytur Pomostowych $(18,0240 * 0,0150)$ - 0,2704 zł
- 2,83% absencja chorobowa za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę $(18,0240 * 0,0283)$ - 0,5101 zł

Razem „I” - 4,5313 zł

2. narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 167 godzin:

- 1/11 wymiaru urlopu wypoczynkowego $[18,0240+(4,5313-0,5101)] : 11$ - 2,0041 zł
- 1/11 ekwiwalentu za odzież roboczą $(734 : 167) : 11$ - 0,3996 zł
- 1/11 ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej $(472 : 167) : 11$ - 0,2569 zł
- 1/11 koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego $(185 : 167) : 11$ - 0,1007 zł

Razem „2” 2,7613 zł

Ogółem narzuty na stawkę minimalną (1+ 2) - 7,2926 zł

Ponadto należy podkreślić, iż wynagrodzenie pracownika, który jest zatrudniony w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalane na dany rok kalendarzowy (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzenia za pracę — tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Jak już wskazano, w 2022 roku minimalne wynagrodzenie pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze etatu nie może być niższe niż 3.010,00 zł brutto.

Zgodnie z przepisami ww ustawy ustalając czy wynagrodzenie pracownika osiąga wymagane minimum należy zsumować przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych (art. 6 ust. 4 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę).

Do wynagrodzeń osobowych GUS zaliczył w szczególności: wynagrodzenia zasadnicze w formie czasowej, akordowej, prowizyjnej i innej, dodatki za staż pracy oraz inne dodatki (dodatkowe wynagrodzenia) za szczególne właściwości pracy, szczególne kwalifikacje lub warunki pracy, premie i nagrody regulaminowe i uznaniowe, dodatki za pracę w godzinach nadliczbowych.

- wynagrodzenia za czas niewykonywania pracy, wypłacane za środków pracodawców (wynagrodzenia za urlopy wypoczynkowe i dla poratowania zdrowia, za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, za czas przestoju nie zawinionego przez pracownika i inne),

Należy w tym miejscu podkreślić, iż premia kwestionowana przez Odwołującego jest wliczana do wynagrodzenia brutto pracownika w celu ustalenia czy osiąga minimalne wynagrodzenie za pracę.”

W pozostałym zakresie zarzutów odwołania, również akceptowalne dla Izby są wyjaśnienia przystępującego TS w przystąpieniu (pismo z dnia 4 marca 2022r. – w aktach sprawy), co do pozostałych elementów kalkulacyjnych, w związku z wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak poniżej.

„Niemniej jednak Przystępujący, pragnie podkreślić, iż zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia mówiący w szczególności o zmianie wszystkich rur stalowych fi 273 przewidzianych w dokumentacji na rury PEHD fi280 SDRI 7 jest nieprawdziwy. Przystępujący wycenił pozycję: 12 Wyceniony Przedmiar Robót, Kanały główne - Rury ochronne stalowe o średnicy nominalnej fi 273,0x8,0mm wykonywane bezwykopowo wraz z komorami startowymi i odbiorczymi za cenę 1.300,00 zł netto za mb i w tej pozycji jest wliczona m. in. Rura stalowa fi 273,0x8,0mm o czym świadczy cena jednostkowa tej pozycji.

Na dowód czego w załączeniu Przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z oferty firmy LUX-KOP Sp. z o.o. (wykwalifikowana firma wykonująca takie przewierty), na wykonanie przewiertu wraz z materiałem i komorami startowymi i odbiorczymi w wysokości 950,00 zł netto za mb, więc gdyby Przystępujący chciał zlecić tej firmie wykonanie przewiertów wraz z materiałem i wykonaniem komór startowych i odbiorczych to pozostaje nasza marża, w której są koszty finansowania kontraktu w wysokości 350,00 zł netto za mb. Tak więc wycena załączona do oferty zawiera wykonanie przewiertu rurami stalowymi fi 273x8 zgodnie z projektem.

Dowód:

- oferta Lux-Kor Sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2022 r.

W trakcie sporządzania oferty rozpatrywana była alternatywa wykonania przewiertów rurami PEHD fi 280 jako zamiennik rur stalowych fi 273x8 stąd też w przedstawionej ofercie z Tadmar/Saint Gobain na zakup rur (zmiana wszystkich rur stalowych fi 273 przewidzianych w dokumentacji na rury PEHD fi280 SDRI 7), jest ujęta rura PEHD fi280. Nie można zgodzić się też ze stwierdzeniem TKS Sp. z o.o., że nie istnieją tak niskie fabryczne płozy dystansowe, ponieważ płozy, które należałoby zastosować przy wspomnianej rurze fi 280, mają wysokość 15mm w załączeniu karta katalogowa firmy AKWEDUKT MP Sp. z o.o. i są fabrycznie produkowane, więc nie ma potrzeby stosowania średnicy wyższej np. PEHD fi 315 dla rury PVC fi 200, również inny producent produkuje płozy o wysokości 20mm (w załączeniu oferta firmy Tadmar z dnia 12.01.2022r.), które również pozwalają na zamontowanie w rurze PEHD fi 280 rurę przewodową PVC fi 200. Tym samym zastosowanie rur PEHD fi 280mm było rozpatrywane wyłącznie jako alternatywa, która jednak nie znalazła się w wycenie.

Dowód:

- karta katalogowa firmy Akwedukt MP sp. z o.o. - oferta firmy Tadmar z dnia 12 stycznia 2022r.”

W powyższym stanowisku przystępujący TS zaprzecza i obala twierdzenia odwołującego TKS co do zmiany warunków realizacji umowy, zgodnie ze złożoną ofertą to jest, że TS składając wyjaśnienia dokonał zamiany rur stalowych na rury PEHD, a co stanowiło dla odwołującego TKS podstawę zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. czyli nakazu odrzucenia oferty jeżeli treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Na tej podstawie odwołujący usiłował wykazać zwłaszcza w piśmie z dnia 15 marca 2022r. (cytowane powyżej) niezgodność treści oferty z warunkami realizacji zamówienia, nie tylko z powodu zmiany rur stalowych na rury PEHD, co jak odwołujący przyznał jest dopuszczalne, lecz technologicznie niemożliwe z powodu niedotrzymania parametru minimalnej wysokości płóz dla rurociągu właściwego (kanalizacyjnego) oraz wymaganego odstępu rury właściwej od rury ochronnej czyli zewnętrznej.

Stanowisko odwołującego brzmiało następująco (cytat - pismo z dnia 15 marca 2022r.)

„42. Przedstawiona oferta Tadmar na pierścień dystansowy PE o średnicy zewnętrznej 246 mm i wewnętrznej 201 mm grubości 20 mm nie wskazuje nawet jakiego producenta jest to materiał i jakie warunki należy spełnić stosując te płozy. Jednakże uwzględniając wyłącznie wielkości stwierdzić można, iż podana wysokość 246 mm przy uwzględnieniu średnicy

wewnętrznej rury ochronnej równej 247 mm, powoduje, że zapas wysokości wynosi jedynie 1 mm (247-246)! Zgodnie z zastrzeżeniami pkt 39.1.

Niektórzy producenci (np. sugerowany Akwedukt), zalecają aby minimalna różnica wynosiła 20 mm określając ją jako minimalną (jak w pkt 40).

43. tak więc TS nie byłby w stanie wykonać zamówienia zgodnie z warunkami Zamawiającego dokonując zamiany rur stalowych na rury PEHD zgodnie z ofertą Saint — Gobain Polska Sp. z o.o. i Tadmar Infrastruktura Rybnik stanowiącą załącznik do wyjaśnienia ceny, co potwierdza zarzut Odwołującego.

44. Ponadto dla przewiertów rurą PEHD DN280 SDR17 stosuje się inne techniki wykonywania przewiertów. Techniki te nie nadają się do układania kanalizacji szczególnie gdy trzeba je układać precyzyjnie na rzędnych — zgodnie z projektem technicznym.

45. Można te rury (fi280 PEHD) układać w wykopie z wykonaniem warstw ochronnych piaskowych (kategorycznie nie powinny być zasypane gruntem z kamieniami). Nie można ich jednak przeciągać w gruncie (podczas przewiertu) gdzie są narażone na zarysowania a nawet rozcięcia.

46. Do przewiertów mają dopuszczenie rury wielowarstwowe PE-RC, PE-TS itp., a nie zwykłe rury PEHD (jak w ich ofercie). Przystępujący potwierdził w przystąpieniu, iż nie przewidział rur stalowych, ani innych rur PEHD i dokonał zamiany rur stalowych na rury PEHD DN280 SDR17 w całości, a przy użyciu takich rur nie jest możliwe wykonanie przewiertów.

47. Informację o dokonanej zamianie rur Przystępujący zawarł w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, dołączając ofertę na zamienniki tak więc twierdzenie, iż. „Tym samym zastosowanie rur PEHD fi 280mm było rozpatrywane wyłącznie jako alternatywa, która jednak nie znalazła się w wycenie.” nie jest zgodne ze stanem faktycznym i oświadczeniami oraz dokumentami składanymi przez Przystępującego.

48. Przedstawiona przez Zamawiającego opinia projektanta jest sprzeczna z wymogami producenta określonymi w katalogu, które zostały opisane powyżej.

49. Dodatkowo projektant błędnie przyjął, iż Przystępujący nie zamierzał zamienić wszystkich rur z poz. 12 przedmiarów. Z oferty przedstawionej przez Przystępującego (poz. 4 oferty Saint Gobain z dnia 10.01.2022r) oraz z treści przystąpienia wynika, iż taki był zamiar (alternatywa), z którego Przystępujący jednakże zrezygnował.”

Natomiast stanowisko zamawiającego w tym zakresie przedstawia się następująco (pismo z dnia 14 marca 2022r.):

„Wreszcie, rozprawa z zarzutem Odwołującego dotyczącym zastosowania rur ochronnych z PEHD zamiast stalowych, co miałyby być technologicznie niewykonalne musi zostać poprzedzona stwierdzeniem, że w Specyfikacji Technicznej załączonej do postępowania przetargowego jest zapis, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur ochronnych z PEHD.

W celu zbadania zasadności tego zarzutu Zamawiający zwrócił się do autora dokumentacji projektowej z wnioskiem o opinię, czy zastosowanie rur ochronnych z PEHD jest metodologicznie uzasadnione i technologicznie wykonalne, a odpowiedź jednostki projektowej była pozytywna.

Dowód: - pismo Zamawiającego do projektanta z dnia 07 marca 2022r. — załącznik nr 2
opinia Biura Projektów Profim s.c. z dnia 9 marca 2022r. — załącznik nr 3

Co więcej, w poz. 12 przedmiaru robót będącego załącznikiem do oferty Przystępującego (strona 1 przedmiaru — dział „Kanały uliczne”), opisuje stosowanie rur ochronnych stalowych śr. 273x8,0 mm.

Nie może być więc mowy o zasadności tego wytyku Odwołującego.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Przystępującego w połączeniu z innymi materiałami tego Wykonawcy tworzą komplementarną i spójną całość, z punktu widzenia konieczności usuwania wątpliwości Zamawiającego w procedurze z art. 224 PZP. Niepodobna zgodzić się z Odwołującym, który dokonał delimitacji wyjaśnień Przystępującego od oferty tego ostatniego podmiotu. Przystępujący przedstawił też wiarygodne dowody.”

Izba podzieliła pogląd Biura Projektowego, odpowiedzialnego za opracowanie dokumentacji technicznej zadania co do możliwości jako metodologicznie uzasadnionej i technologicznie wykonalnej oferty przystępującego TS. (pismo zamawiającego do projektanta z dnia 07 marca 2022r. — załącznik nr 2 i opinia Biura Projektów Profim s.c. z dnia 9 marca 2022r. — załącznik nr 3 do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 14 marca 2022r. – cytowane w uzasadnieniu powyżej – w aktach sprawy).

Tym samym zarzut odwołania co do naruszenia art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. w ocenie Izby nie został wykazany przez odwołującego.

Podstawowy i pierwszy zarzut odwołania to niedoszacowanie wartości zamówienia czyli rażąco niska cena zarówno w rozumieniu art.224 ust.1 jak i ust.2 pkt 1) ustawy Pzp.

Izba w tym zakresie, zajmując stanowisko w sprawie, przyjmuje za własną argumentację zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14 marca 2022r. – cytowane powyżej - w aktach sprawy).

„Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z protokołem postępowania została ustalona na kwotę 15 099 594,94 zł brutto (12 276 093,45 zł netto).

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty - Przystępującego z ceną 9 767 245,65 zł, Zisco B. sp. z o.o. z ceną 10 358 855,34 zł oraz Odwołującego z ceną 10 282 798,79 zł brutto.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2022 r. wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. W treści wezwań Zamawiający wskazał, iż w trakcie badania ofert wątpliwości wzbudziła zaoferowana przez każdego z ww. wykonawców cena za realizację przedmiotu zamówienia, niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oszacowanej przed wszczęciem postępowania, co wypełnia okoliczności określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, działając na podstawie ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawców do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu Ochrony Środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazuje na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 p.z.p., na którego podstawie zamawiający - w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi - musi

żądać wyjaśnień, o których mowa w akapicie pierwszym, co najmniej w zakresie określonym w akapicie trzecim w pkt 4 i 6.

Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia mają na celu ustalenie, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia i dowody należało złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 lutego 2022 r. do godz. 10.00.

Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia, przy czym dwóch wykonawców zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający ocenił, że Przystępujący nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa nie udowadniając Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takich wątpliwości nie miał Zamawiający co do wyjaśnień Odwołującego z art. 18 ust. 2 PZP, uznając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Zamawiający w dniu 21 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego Technical Solution sp. z o.o.. Drugą kolejności w rankingu ofert była oferta Odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że w procedurze badania rażąco niskiej ceny istotne znaczenie ma porównanie ceny zaoferowanej do szacunkowej wartości zamówienia. Od strony matematycznej Zamawiający był uprawniony do uruchomienia procedury z art. 224 PZP, ale porównanie cen ofertowych 3 wykonawców z szacunkową wartością zamówienia wskazuje, że doszło do faktycznego przeszacowania wartości przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji jako pomocnicze kryterium badawcze, zwłaszcza w sytuacji utajnienia wyjaśnień jednego lub kilku oferentów dotyczących zagadnienia rażąco niskiej ceny, uznaje się porównanie ofert. Za taką możliwość wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 sierpnia 2021 r. KIO1663/21

Parametryzując ten wywód Zamawiający wskazuje, że rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a zaoferowanymi w postępowaniu cenami wskazują, iż Zamawiający mógł przeszacować wartość zamówienia. Oszacował bowiem wartość zamówienia na kwotę 15.099.594,94 zł, podczas gdy wszystkie złożone oferty zawierają ceny zdecydowanie niższe od tego szacunku — tj. cena ofertowa Przystępującego to 64,68% wartości szacunkowej, cena ofertowa Zisco B. sp. z o.o. to 68,60% wartości szacunkowej, zaś cena ofertowa Odwołującego to 68,09% wartości szacunkowej.

Co do kontestowania przez odwołującego TKS szczegółowości wymaganej w wyjaśnieniu wezwania w związku z rażąco niską ceną Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2022r. cytując w tym miejscu: „Wchodząc w szczegóły, także wykorzystując pomocnicze kryterium badawcze w postaci

porównania ofert Odwołującego i Przystępującego, w tym analizując przedmiary obu uczestników postępowania odwoławczego, Zamawiający podkreśla, że dysponując zestawieniami cenowymi Odwołującego oraz Przystępującego dołączonymi do oferty, w koszcie dotyczącym wykonania robót drogowych Zamawiający ustalił, że Przystępujący nie tylko zamieścił ten wydatek cenotwórczy, ale przedstawił bilans poszczególnych cen jednostkowych tak w obszarze robót rozbiórkowych nawierzchni drogowych, jak i robót odtworzeniowych nawierzchni drogowych. Zarzut z pkt 6 odwołania nie został potwierdzony.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Podobnie za nie polegający na prawdzie Zamawiający uznał wytyk Odwołującego z pkt 2.

W przedmiarze ofertowym Przystępującego ujęto koszt wykonania kanałów metodą wykopową i metodą bezwykopową (pkt 9-12 przedmiaru). Dodatkowo, porównanie ofertowych narzutów cenowych obu Wykonawców wskazuje, że oferta Odwołującego jest droższa w tym obszarze o kwotę ponad 0,5 mln zł.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Koszt zakupu studni to z kolei poz. 13, 14 i 18 przedmiaru, gdzie oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną.

Wycena obsługi geodezyjnej to poz. 8 przedmiaru, a oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną. Wycena usługi inspekcyjnej to poz. 7 przedmiaru, a oferta Przystępującego zawiera konkretne pozycje jednostkowe wraz z ich wyceną.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Zamawiający nie podzielił żadnego z zarzutów wskazanych w pkt 2 odwołania o braku skonkretyzowanych pozycji cenowych.

Nietrudno oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący skoncentrował swoje wysiłki na badaniu wyjaśnień Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022r. zupełnie abstrahując od pozostałych materiałów ofertowych, przedłożonych przez przystępującego, w tym przedmiaru Przystępującego.

Niepodobna zgodzić się z Odwołującym, który wytknął jak w pkt 4 i 5 odwołania. Załączniki do pisma Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022 r. nic nie wspominają o polityce rabatowej

kontrahentów Przystępującego, ani o tym, że Przystępujący korzysta z jakichkolwiek preferencji cenowych w relacjach z siecią własnych dostawców.

Niezależnie od powyższego w pkt 25.9 SWZ Zamawiający zastrzegł, że uważa się, że Cena Oferty podana w Formularzu Oferty zawiera każdy upust, jeśli jest oferowany. Jakikolwiek upust wskazany oddzielnie gdzie indziej w ofercie nie będzie brany pod uwagę.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który zarzuca, że Przystępujący nie wykazał, jakie korzyści daje posiadanie własnego zaplecza sprzętowego, a także własnej bazy technicznej. Odwołując się do poz. 1 przedmiaru proste zestawienie przedmiarów obu uczestników wskazuje, że korzyść Przystępującego to kwota 20.000 zł w relacji do oferty Odwołującego, oraz kwota 330.000 zł w relacji do oferty podmiotu nie uczestniczącego w postępowaniu odwoławczym.

Dowód: zestawienie wycenionych przedmiarów robót oferentów biorących udział w postępowaniu — załącznik nr 1.

Jakie są tego przyczyny oraz wielkość oszczędności? Na to pytanie odpowiada

Przystępujący w pkt 3a i 3b pisma z dnia 31 stycznia 2022 r.

Podłoże uzyskiwanych korzyści ma swoje oparcie w decyzjach Starosty Krapkowickiego, dołączonych do pisma Przystępującego z dnia 31 stycznia 2022r. (por. pkt 3 i n. decyzji).

Zamawiający nie może przedstawić szczegółowych danych Odwołującego wobec nadania im klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa (na praktyczne skutki tej decyzji wykonawcy zwracała uwagę KIO w wyroku z dnia z dnia 21 czerwca 2021 r. KIO 1412/21), tym niemniej bazując na danych z przedmiaru o wielkości korzyści możliwych do uzyskania po stronie Odwołującego wielkość ta jest niższa aniżeli Przystępującego.”

Tak więc, w ocenie Izby, zarzut ogólnikowości, adekwatności bądź braku równego traktowania wykonawców, przejrzystości, co do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez przystępującego TS, nie został wykazany przez odwołującego TKS, co czyni bezpodstawnym zarzut naruszenia w całości art.224 w związku z art. 16 pkt 1) i pkt 2), a co czyni bezpodstawnym zarzut naruszenia ustawy Pzp.

W zaistniałej sytuacji, Izba podziela stanowisko przystępującego: „W ocenie przystępującego ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można uznać za rażąco niską, skoro:

- nie odbiega w znaczny sposób od ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę w tym postępowaniu,

- uwzględni ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy,

- nie jest ceną symboliczną, ani ceną ukształtowaną poniżej kosztów wytworzenia, co znalazło uzasadnienie w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 1 lutego 2022 r.

Przystępujący podkreśla, że złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień zarówno konkretne wyjaśnienia, jak i wymagane dowody w postaci ofert zakupowych materiałów, reprezentatywną próbkę aktualnych, zanonimizowanych dokumentów pracowniczych wskazujących poziom stawek godzinowych pracowników Przystępującego. w tym umów o pracę wraz z paskami wypłat. Nie ma zatem mowy o przypadku, gdy wykonawca bagatelizuje wezwanie, składa wyjaśnienia lakoniczne, zdawkowe czy niezawierające koniecznych dowodów.

W ocenie przystępującego, przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jak i 224 ust. 6 ustawy Pzp należy jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne - wyklądać w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający.

Kluczowe w sprawie, w ocenie Przystępującego jest, że Zamawiający dysponował na etapie oceny wyjaśnień ceny następującymi informacjami:

potwierdzeniem i udokumentowaniem, że wycena uwzględnia wymaganą technologię wykonania zasadniczych robót składających się na przedmiot zamówienia,

- * konkretnymi wyjaśnieniami ceny, a w jej ramach jednocześnie:
- * dowodami cen zakupu kluczowych pozycji materiałowych.
- * przyjęcia wartości kalkulacyjnej roboczogodziny na poziomie 25,00 zł.

Przystępujący podnosi również, że złożone wyjaśnienia nie zawierają błędów związanych z podstawami wyceny zgodnie z dokumentacją zamówienia.

Przystępujący podkreśla, że:

- * złożone wyjaśnienia i dowody stanowią wystarczający i adekwatny do treści wezwania środek wyjaśniający wycenę oferty,
- * oferta Przystępującego została skalkulowana w sposób rynkowy i pełny, a złożone wyjaśnienia obalają domniemanie rażąco niskiej ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, stanowi, iż w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie natomiast z 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.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2022 roku, wezwał przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wskazując w szczególności, iż cena oferty przystępującego jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Wskazując zakres wyjaśnień jakich żądał, zamawiający przytoczył postanowienia przepisu art. 224 ust. 3 pkt 1 - 8 ustawy Pzp w pełnym brzmieniu. Żadnych innych dodatkowych informacji zamawiający nie żądał od przystępującego. Ponadto w treści wezwania zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę wykonawcy jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Przystępujący składając przystąpienie zwrócił również uwagę na okoliczność:

„Okoliczność ta dotyczy cen ofertowych wszystkich trzech wykonawców, gdyż ceny ofert tych wykonawców różnią się pomiędzy sobą nieznacznie, np. cena oferty odwołującego jest wyższa od ceny ofertowej przystępującego o 515 553,14 zł, co stanowi ok. 5% różnicy, a cena oferty odwołującego jest niższa od ceny oferty trzeciego wykonawcy o 591.509,69 zł, co stanowi ok. 6% różnicy.

W kontekście wartości szacunkowej zamawiającego ustalonej na poziomie 10.500.000,00 zł, okoliczność ta może dawać podstawę do przyjęcia założenia, że to wartość szacunkowa

zamówienia została ustalona na zbyt wysokim poziomie, a nie że ceny ofert są cenami rażąco niskimi. Przystępujący stoi na stanowisku, że konkretny kontekst sytuacyjny sprawy, jego charakterystyczne cechy indywidualizujące dane postępowanie, muszą być brane pod uwagę za każdym razem, kiedy zachodzi podstawa do badania ceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja zdaje się być wyjątkowo prosta i jasna. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na wysokim poziomie, który wywołał skutek w postaci wezwania zamawiającego (choć w ocenie Przystępujący, zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawców, o czym powyżej). Zamawiający wykonał obowiązek w sposób ogólny, a przystępujący złożył wyjaśnienia, które jego ocenie dawały obraz kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem Przystępującego, niezasadne jest stawianie zarzutów zamawiającemu w sytuacji, w której zamawiający ogólnie, wypełniając minimalne wymagania ustawy Pzp, kreuje wezwanie, a wykonawca nie mając żadnych szczegółowych wytycznych od zamawiającego odpowiada składając wyjaśnienia.

Wskazać również należy, iż zgodnie z 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. Oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień dokonuje zamawiający.

Skoro zatem odwołujący kwestionuje prawidłowość dokonanej oceny to winien wykazać i udowodnić, że ocena zamawiającego była wadliwa. Zgodnie z przepisem art. 534 ust.1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący poza wywodami i rzekomymi wątpliwościami, żadnych dowodów nie powołał. Reasumując, w ocenie przystępującego nie można stwierdzić naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 Pzp. W ocenie przystępującego zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyznacza przepis art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakt należy tu rozumieć prawdziwość twierdzenia o fakcie, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tej stronie lub tym uczestniku postępowania, którzy przytaczają twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (ei incubit probatio qui dicit non qui negat). Żaden z przepisów ustawy nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy

materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiających stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie "wywodził z faktu skutki prawne (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, "d. VII; Opublikowano: WKP 2018, komentarz do art. 190)".

Izba dokonując oceny wywodów odwołania co do rozkładu obowiązku dowodowego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny w kontekście art.534 ust.1 w związku z art.537 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp. stwierdza, że nie można stawiać skutecznie zarzutu udzielenia niewyczerpujących wyjaśnień, bez akcji dowodowej samego odwołującego, zwłaszcza w sytuacji złożenia przez przystępującego po stronie zamawiającego wyjaśnień ceny, które w toku postępowania przed zamawiającym zostały oceniane jako uwiarygadniające cenę oferty. To odwołujący wywodzi skutki prawne z faktu czy to nie wezwania do wyjaśnień przez zamawiającego, czy też nie uwiarygadniających cenę oferty wyjaśnień wykonawcy, które zamawiający uznał za wystarczające, dlatego dyspozycja art.534 ust.1 ustawy jest także obowiązującą, w sytuacji zarzutu rażąco niskiej ceny, a dyspozycja art.531 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp tylko ją wzmacnia, nakładając obowiązki dowodowe również na zamawiającego, jak i przystępującego po jego stronie.

W sytuacji gdy zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień ceny nie stawia pytań ponad standard wynikający z regulacji ustawowych, a tak też uczynił zamawiający wzywając do wyjaśnień (wezwanie - pismo z dnia 25 stycznia 2022r. – w aktach sprawy). Natomiast wykonawca TS udzielił szczegółowych wyjaśnień zamawiającemu co do nakładów zarówno kosztowych wynikających bezpośrednio z jego działalności w tym pracowniczych jak i wynikających z podzlecenia pewnych elementów robót budowlanych na zewnątrz. Z kolei w sytuacji braku szczegółowych, konkretnych pytań zamawiającego do wybranych elementów kosztowych, nie można czynić zarzutu składającemu wyjaśnienia, że pewne elementy nie zostały wyjaśnione lub ich stopień wyjaśnienia nie zadawała odwołującego. Tak więc nie można stawiać zarzutu, że w wyjaśnieniach jest brak kalkulacji pewnych stawek jednostkowych kosztu, których odwołujący oczekiwał, pomimo braku wskazania na nie przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny. Również Izba nie podziela kategoriycznych wywodów, popartych zresztą orzecznictwem, że w postępowaniu odwoławczym nie można przedstawiać dowodów innych niż przedstawione w postępowaniu wewnętrznym przed zamawiającym. Nie leży to zarówno w interesie odwołującego, jak i zamawiającego, czy przystępującego po jego stronie, a składanie dowodów innych niż w postępowaniu przed zamawiającym, na poparcie faktów z których wywodzone są skutki

prawne, ma swoje umocowanie nie tylko w art. 534 ust.1 ustawy pzp, ale również w art.535 jak i w art. 552 ustawy Pzp. Można byłoby rozważać prezentowany pogląd co do ograniczeń dowodowych w sprawach rażąco niskiej ceny w toku postępowań odwoławczych gdyby istniała szczególna regulacja co do ograniczeń dowodowych przed Izbą. Na dzień dzisiejszy obowiązuje w postępowaniu przed Izbą zasada kontradiktoryjności regulowana art.art.534 ust.1 ustawy Pzp., z prawem inicjatywy Izby bez ograniczeń, wynikającym z art.534 ust.2 ustawy Pzp.

Podsumowując Izba uznaje wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego TS w piśmie z dnia 31.01.2022r. (w aktach sprawy – powyżej we wstępnej części uzasadnienia wyroku) za wyczerpujące i wystarczające oraz adekwatne do wezwania zamawiającego do wyjaśnień ceny w piśmie z dnia 25.01.2022r. (w aktach sprawy – powyżej we wstępnej części uzasadnienia wyroku), to jest Izba uznaje wyjaśnienia przystępującego TS za odpowiednie do wezwania zamawiającego w sprawie wyjaśnienia ceny.

Z kolei co do zarzutu wadliwego rozwiązania technicznego, przedstawionego w wyjaśnieniach ceny, w zakresie rodzaju rur oraz płóz, Izba akceptuje stanowisko wyrażone przez Biuro Projektów wykonujące dokumentację techniczną do przedmiotowego postępowania (zał. Nr 3 do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 14 marca 2022r.).

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych i zasądzając kwotę 4.218,00 zł. (słownie: cztery tysiące dwieście osiemnaście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego wraz z kosztem dojazdu oraz kosztem opłat skarbowych od pełnomocnictw, w związku ze złożonymi wnioskami kosztowymi i rachunkami

Przewodniczący: