

Sygn. akt: KIO 3011/22

WYROK
z dnia 29 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**
Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane INSBUD K. Spółka jawna z siedzibą w Skierniewicach ul. Kozińskiego 40 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radziwiłłów ul. Senatorówka 2/2 96-330 Puszcza Mariańska**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 petitum odwołania, dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w związku z art. 74 ust. 2 prawa zamówień publicznych, poprzez brak niezwłocznego udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu złożonych ofert w tym postępowaniu,
2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane INSBUD K. Spółka jawna z siedzibą w Skierniewicach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 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

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radziwiłłów 96-330 Puszcza Mariańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja kotłowni w budynkach mieszkalnych osad Leśnictwa Zakrzew w Kozłowie Biskupim, Leśnictwa Białe Błoto w Grabinie Radziwiłłowskiej oraz osad Senatorówka 5 i Senatorówka 7 w Puszczy Mariańskiej” - znak sprawy ZG.270.50.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 września 2022 r pod numerem 2022/BZP 00357239/01.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022 , poz. 1710 z późniejszymi zmianami) dalej jako Pzp lub ustawa.

W dniu 14 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj.:

- czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego
- czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego
- zaniechania czynności udostępnienia w terminie niezwłocznym innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację rażąco niskiej ceny i nie odniesienie się do wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4 i pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację kosztów pracy zatrudnionych pracowników i nie odniesienie się do wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie,
- 3) art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Odwołującego .
- 4) art. 16 ust 1 i 3 w związku 74 ust 2 poprzez brak niezwłocznego udostępnienia przez Zamawiającego Odwołującemu złożonych w tym postępowaniu ofert.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o :

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby zgodnie z przepisami

prawa:

- a. unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego - wykonawcy PIB INSBUD K. sp. j. jako, że cena nie jest ceną rażąco niską,
 - b. dokonał ponownej oceny i badania ofert,
 - c. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty odwołującego PIB INSBUD K. sp.j.
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem posiada interes w uzyskaniu pozytywnego rozstrzygnięcia odwołania

i uzyskaniu zamówienia. Oferta złożona przez Odwołującego posiada bowiem najkorzystniejszą cenę w tym postępowaniu. Zamawiający swoim działaniem oraz zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Pzp. może pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, w wyniku czego Odwołujący może ponieść szkodę.

1. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 226 ust. 1 ust 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli cena jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie złożył oferty z ceną rażąco niską, bowiem cena jest ceną normalną rynkową na tego typu usługi. Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień odwołującego w tym w szczególności o oszczędnych metodach wykonania przyłączy do budynków, wieloletnim doświadczeniu i posiadanych rabatach handlowych, cenach zakupu materiałów użytych do realizacji zamówienia. Wg odwołującego Zamawiający sporządzając kosztorys inwestorski posługiwał się cenami katalogowymi oraz cenami publikowanymi w wydawnictwie Sekocenbud. Odwołujący podkreśla, że nie ma obowiązku ustawowego dostosowywania się z cenami do cen publikowanych w wydawnictwach w tym Sekocenbud. Również porównywanie stawek robocizny z województwa mazowieckiego ze stawką oferowaną przez odwołującego z województwa łódzkiego i na tej podstawie twierdzenie ,że stawka roboczogodziny jest rażąco niska jest nieuprawnione, bowiem stawki z woj. mazowieckiego są najwyższe w kraju. Zamawiający w żadnym z punktów nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego, tylko stwierdził ogólnie, że cena jest ceną rażąco niską, sprawdzając szczegółowo każdą wartość cen w kosztorysie szczegółowym, zarzucając brak zastosowania średnich cen sprzętu, robocizny i niektórych nieistotnych cen materiałów jak zaniżenie

np. wartości np. 1 kg cementu, który w całym przedsięwzięciu nie ma znaczenia, bowiem w tym punkcie stosujemy oszczędne metody wykonywania przyłączy bez rozbierania kostki, a w dalszej części 6 kg cementu w całej inwestycji nie ma znaczenia. Uwaga o braku uwzględnienia nowej kostki też jest nieprawidłowa, bowiem w pozycji 19 kosztorysu ofertowego na przyłączy w Kozłowie Biskupim wyraźnie jest napisane – kostka z odzysku.

Zamawiający nie wziął pod uwagę oszczędnych metod wykonywania przyłączy, upustów cenowych na zakupy materiałowe w hurtowniach materiałów, wieloletniego doświadczenia w wykonywaniu tego typu robót, ani tego, że w ostatnim czasie w jeszcze niższych cenach Odwołujący zrealizował podobne zamówienie dla Gniny Brzeziny z dotacją ze środków unijnych, przedstawiając jako dowód fakturę oraz protokół odbioru robót z daty 29.09.2022r. Odwołujący jest na bieżąco z cenami za wykonanie kompleksowe tego typu prac.

Zamawiający szczegółowo odniósł się do cen jednostkowych zastosowanych cen materiałów, sprzętu, a nie do cen jednostkowych pozycji, porównując je do cen katalogowych i średnich cen z publikacji Sekocenbud. Dodam, że nie ma obowiązku stosowania średnich cen z publikacji i z założenia nigdy nie wygra się żadnego przetargu, stosując ceny średnie bądź ceny katalogowe. Jednostkowa cena zakupu nie może decydować i przesądzać o rażąco niskiej cenie całego zadania.

To Zamawiający znacznie zawyżył kosztorys inwestorski stosując ceny z publikacji i ceny katalogowe i do tych wycen porównał naszą cenę z oferty, co jest błędne z założenia, bowiem żaden z wykonawców, który chce wygrać przetarg, nie stosuje cen katalogowych tylko ceny realne zakupu materiałów w hurtowniach.

Druga oferta została złożona przez firmę, która nie specjalizuje się w wykonywaniu instalacji, a przez firmę drogowo-budowlaną. Trzecia firma z odległej części Polski musiała naliczyć wyższe koszty z uwagi na dodatkowe koszty m.in. logistyki, zakwaterowania pracowników i zwiększonych kosztów dostaw.

Firma Odwołującego położone jest w odległości średnio do 20 km od siedziby firmy do miejsca wykonania instalacji i to również przemawia za zaoferowaną ceną.

Nieuprawnione jest również twierdzenie Zamawiającego, że został zastosowany niezgodny z SWZ kocioł. Kocioł jest lepszy jakościowo i zgodny z SWZ.

Zgodnie z zapisami SWZ str. 3 cytuję :

„Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania innych materiałów, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w opisie przedmiotu zamówienia”

Nieuprawnione zatem jest twierdzenie Zamawiającego w podsumowaniu str. 13 pisma Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, że „do wyceny przyjęto inne rozwiązania niż przewidziane w projekcie. Zostało to zrobione bez zgody Zamawiającego”. Dyspozycja w SWZ jest jednoznaczna. Parametry urządzeń nie są gorsze, a wręcz lepsze niż w

projekcie, bowiem wymiennik w kotle firmy BUDERUS GB 072 jest na najwyższym poziomie – porównywalny z Vitodens 200 firmy VISSMANN, lidera w tej klasie kotłów, o czym opiniujący działający z należytą starannością powinien poinformować Zamawiającego .

SWZ jest jasny i czytelny i dawał jednoznaczne wytyczne. Skoro technologia kotłów BUDERUS jest oszczędniejsza, niż kotły zaprojektowane, to jest to z korzyścią dla Zamawiającego. I nie jest to rażąco niska cena. Ponieważ w kotłach BUDERUS nie jest wymagana stacja demineralizacji wody, a jedynie filtry do wstępnego oczyszczenia wody przy uzupełnianiu zładu wody w instalacji c.o., to odwołujący przyjął do wyceny takie rozwiązanie, korzystne dla Zamawiającego, bowiem jest tańsze. Takie rozwiązanie pozwoliło na obniżenie ceny zgodnie z technologią producenta kotłów marki BUDERUS i nie spowodowało powstania rażąco niskiej ceny. To samo rozwiązanie Odwołujący zastosował w pozostałych lokalizacjach.

Dalsza oszczędność w kotłach BUDERUS to wbudowany zawór trójdrogowy w kotle, którym steruje automatyka i nie jest potrzebny zestaw ładowania podgrzewacza, kolejna oszczędność.

Kocioł GB 072 o mocy 24 KW posiada palnik modulowany w przedziale mocy od 2,9 do 23 KW na c.o. Z poziomu automatyki na etapie uruchamiania kotła można tę moc ograniczyć i ustawić moc maksymalną na poziomie 21 KW, tak aby zastosować komin koncentryczny zgodnie z przepisami.

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że brak w ofercie producenta kotłów Brotje (kotły z projektu) - kotłów o mocy 21 kW. Są kotły albo 14 KW, 20 KW , 22 KW i wyżej.

Również kocioł zaprojektowany nie spełnia wg Zamawiającego warunków SWZ, bo jego moc przekracza 21 KW.

Cechą charakterystyczną kotłów Brotje przyjętych w projekcie jest brak wewnątrz kotła pompy ładowania ciepłej wody, którą należy zamontować na zewnątrz. Stąd można wnioskować,

że jest to technologia kotłów Brotje.

Producent kotłów BUDERUS również oferuje kotły GB 072 o mocy 20 KW, ale są 1 KW poniżej mocy projektowanej, dlatego odwołujący przyjął kotły o mocy max 23 KW z możliwością ograniczenia mocy z poziomu automatyki.

Zatem spełnienie warunku nieprzekraczania mocy 21 KW jest zarówno w kotłach projektowanych jak i kotłach BUDERUS jednakowe. Projektant nie podał jasno jaka ma być moc kotła na c.o. dla poszczególnych lokalizacji, podał max 21 KW. Generalnie brak na rynku kotłów kondensacyjnych gazowych o mocy 21 KW, wyjątek to m.in. Vaillant, Termet , ale na naszym terenie brak jest rozpowszechnionego serwisu, co jest niekorzystne dla Zamawiającego.

Wg projektu nominalna moc kotła to 21 KW, zaś w BROTJE brak takich kotłów.

Zatem jaką moc kotła przyjął projektant z uwagi na komin koncentryczny i typoszereg kotłów Brotje w sprzedaży – nie wiadomo.

Zatem ten zarzut w stosunku do Odwołującego również jest nietrafiony, bowiem oferta jest dostosowana do projektu.

Zestaw zaworów przy kotłach został skalkulowany w innych pozycjach kosztorysowych tak jak zawory gazowe ujęte w części instalacji gazu kosztorysu.

W technologii kotłów Buderus instalacja pod kotłowa jest inna i została skalkulowana w ofercie.

Uruchomienie kotłowni: polityka firmy BUDERUS to bezpłatne uruchamianie kotłów przez AUTORYZOWANY SERWIS BUDERUSA. Jedyny koszt to dojazd do klienta wg cennika w rozliczeniach księgowych. Przyjmując $20 \text{ km} \times 2 = 40 \text{ km} \times 2 \text{ zł} = 80 \text{ zł}$. Jest to cały koszt poniesiony przez firmę. Dochodzi jedynie napełnienie, odpowietrzenie instalacji co. Zatem 20 r-g to i tak nadto na uruchomienie kotłowni. Wskazuje, że ceny jednostkowe pozycji ustala sam wykonawca, a nie katalogi norm. Kwota 769,20 zł jest kwotą wystarczającą, aby uruchomić kotłownię w domku jednorodzinny wraz z przeszkoleniem mieszkańca. Nie jest to cena rażąco niska.

Zamawiający mylnie interpretuje wartość roboczogodziny przyjętej do kosztorysu. Firma Odwołującego znajduje się na terenie województwa łódzkiego, a nie mazowieckiego, jak pisze Zamawiający o przyjętych średnich stawkach dla woj. mazowieckiego. Firma nie ma obowiązku stosowania stawek średnich roboczogodziny wg Sekocenbud i to jeszcze dla województwa mazowieckiego, gdzie stawki są najwyższe w Polsce. Odwołujący pracuje na stawkach własnych i są one wystarczające, aby zatrudnić pracowników na umowę o pracę. Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że montaż małych kotłów Buderus jest powtarzalny, pracownicy mają to już wyćwiczone, chociażby montując w ostatnim czasie dla jednego zamawiającego 23 sztuki kotłów. Są to schematy powtarzalne. Firma zatrudnia pracowników na umowę o pracę i stawki są wystarczające, aby za tę kwotę pracownicy wykonali prace.

Odwołujący wykonał taką kotłownię w domkach jednorodzinnych w ramach przetargu z dotacją unijną dla Gminy Brzeziny. Cena za montaż kotłowni nie jest ceną rażąco niską, a ceną normalną jaką Odwołujący uzgadnia z klientem indywidualnym czy instytucjonalnym.

Zamawiający w ogóle nie odniósł się do złożonych wyjaśnień ani załączonych dowodów.

Nowy zarzut w uzasadnieniu odrzucenia oferty o cenie wkładu kominowego w stosunku do komina koncentrycznego również jest nietrafiony. Wkład kominowy wyceniono w ofercie na kwotę 699 zł nie stanowi ceny rażąco niskiej. Zakup komina koncentrycznego to 386 zł, zaś

wkładu kominowego to 486 zł.

Odnosząc się do wyceny przyłączy Zamawiający pominął fakt oszczędniejszego wykonania wykopów i nie odniósł się do faktu, że przyłącza będą wykonane metodą bezinwazyjną - przeciskiem, aby nie niszczyć istniejącej infrastruktury na działce. Są to metody oszczędne. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niesłusznie zwraca uwagę wykonawcy na ceny sprzętu, bo przyjęte do wyceny pozycje kosztorysowe w tym wielkość sprzętu, nie nadają się do użycia na działkach przydomowych. Np. koparka o poj. łyżki 1,2 m³ to ponad 15 tonowe koparki na podwoziu gąsiennicowym lub podwójnym kołowym. Samo użycie takiej koparki wyrządziłoby więcej szkody i zniszczeń na działce już zagospodarowanej, niż czas wykopu małą mini koparką, którą Odwołujący stosuje.

Zamawiający nie uwzględnił żadnych wyjaśnień Odwołującego dotyczących przyłączy. Poza tym przedstawiona została oferta dostawy z montażem kompletnej butli o pojemności 4850 dm³ na gaz wraz z przyłączem, reduktorami, skrzynką gazową wraz z przygotowaniem dokumentów do UDTu i cena oferty dostawcy jest znacznie niższa niż zaoferowana w ofercie, przedstawiona w kosztorysie. Zatem nieuprawnione jest stwierdzenie, że zastosowane przez Odwołującego ceny są rażąco niskie. Odwołujący wykonał wspólnie z tym dostawcą 18 szt. kotłowni na gaz płynny, dla Gminy Brzeziny, odebraną zarówno przez UDT jak i przez inspektora nadzoru bez uwag.

W ocenie Odwołującego cena za wykonanie kotłowni wraz z przyłączem jest ceną normalną, a nie ceną rażąco niską.

2. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4 i pkt 6 ustawy Pzp.

Art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp mówi jednoznacznie o uczciwej konkurencji i zapewnieniu bezstronności przy ocenie ofert. Odwołujący zatrudnia pracowników na umowę o pracę i stawka jaką przyjął do kosztorysu jest wystarczająca, aby opłacić wszystkie składki przewidziane prawem pracy i nie będzie to płaca najniższa krajowa. Licząc kwotę: stawka r-g wg kosztorysu ofertowego x 160 godz/miesiąc daje nam brutto kwotę 6702 zł (41,888zł brutto wg kosztorysów ofertowych x160godz miesięcznie). Pracownicy pracują w akordzie i kwota ta jest wystarczająca, aby zatrudnić pracownika na umowę o pracę. Zatem przy ocenie stawki przyjętej do kosztorysu Zamawiający w sposób nieuprawniony odniósł się do średnich

z województwa mazowieckiego i na tej podstawie stwierdził, że stawka roboczogodziny jest rażąco niska. Zatem ustalenie Zamawiającego w tym zakresie jest nieprawidłowe.

3. Zarzut naruszenia art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego w żadnym punkcie nie odniósł się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Swoją opinię na temat rażąco niskiej ceny oparł jedynie na opracowaniu Pracowni Autorskiej D. D., będącej autorem projektu i kosztorysów inwestorskich.

W ocenie Odwołującego ustalenia Zamawiającego są nieprawidłowe, bez obiektywnej oceny cen rynkowych, cen w hurtowniach z których korzysta odwołujący i które przedstawił Zamawiającemu. Nie uwzględnienie wyjaśnień dotyczących oszczędnych metod wykonywania przyłączy, powtarzalności wykonywanej pracy, oraz brak odniesienia się Zamawiającego do faktu doświadczenia w wykonywaniu powtarzalnych niemal identycznych kotłowni wykonanych przez Odwołującego dla Gminy Brzeziny, również w ramach przetargu publicznego, zrealizowaniu robót za ceny niższe niż oferowane w tym postępowaniu.

4. Zarzutu naruszenia art. 16 ust 1 i 3 w związku 74 ust 2 poprzez brak niezwłocznego udostępnienia oferty

W dniu 10 listopada 2022 o godzinie 9:11 Odwołujący wysłał e-mail do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w tym przetargu na podstawie art. 74 ust 2 ustawy Pzp. Niestety do godziny 14:00 w dniu 14.11.2022, tj. do sformułowania odwołania w tym dniu kiedy mija ostateczny termin na wniesienie odwołania, informacja do odwołującego nie wpłynęła.

Wobec powyższego zarzuty zawarte w odwołaniu są zasadne. Odwołujący wnosi jak wyżej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu

danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 petitum odwołania, dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w związku z art. 74 ust. 2 prawa zamówień publicznych, poprzez brak niezwłocznego udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu złożonych ofert w tym postępowaniu w związku z jego cofnięciem przez Odwołującego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone, bez merytorycznego rozpoznania zarzutu.

Izba zauważa, że Odwołujący błędnie wskazał jako podstawę prawną stawionego zarzutu naruszenie art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, co konsekwentnie powtarza w pozostałych zarzutach, bowiem art. 16 Pzp nie zawiera podziału na ustępy lecz punkty. Zatem Izba uznała, że powyższe stanowi omyłkę pisarską, a zarzuty odnoszą się do naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację rażąco niskiej ceny i nie odniesienie się do wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, zarzut należy uznać za niezasadny. Zgodnie z treści art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) (...)
- 3) Proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący zaoferował realizację przedmiotowego zamówienia za cenę, której wartość w wyniku poprawienia omyłek przez Zamawiającego wynosiła 248.393,58 Pln z Vat.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 494.179,48 PLN. Cena oferty Odwołującego była więc o 42,45% niższa od ww. kwoty. W powyższych okolicznościach, Zamawiający zobowiązany był do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zgodnie bowiem z treścią art. 224 ust. 2 Pzp W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający, pismem z dnia 18 października 2022 r. wystąpił do Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się o przedstawienie kalkulacji cenowej poszczególnych składowych wchodzących w skład wszystkich kosztorysów ofertowych, wskazał że wykonawca ma obowiązek wyjaśnić źródła oraz sposób kalkulacji ceny oraz szczegółowo wyjaśnić jak ustalił cenę oferty i dlaczego jest ona wiarygodna. Dalej wskazał, że wykonawca może poprzeć swoje wyjaśnienia stosownymi dowodami, aby ich treść uczynić bardziej wiarygodną.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest

niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 537 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności co do oszczędnych metod wykonania przyłączy, doświadczenia Odwołującego, posiadanych rabatów i cen zakupu materiału. To właśnie na podstawie złożonych wyjaśnień, Zamawiający uznał, iż nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z dokumentacją zamówienia, za zaoferowaną cenę. Podkreślić należy, że treść wyjaśnień sprowadza się do wskazania, że cena dostawy zbiorników gazu dla każdej lokalizacji to 17 tys. (potwierdzona ofertą handlową) a pozostała

kwota dla pozycji to wartość - wystarczająca według Odwołującego do wykonania wykopów. Odwołujący nie wskazuje, jak powyższa wartość przekłada się na przedmiotowe zamówienie. Odwołujący powołuje się wyłącznie na własne doświadczenia, przywołując realizację zamówienia w Gminie Brzeziny. Takie uzasadnienie przekłada do wszystkich lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący co do poszczególnych pozycji, których wartość kwestionuje Zamawiający, nie wykazał czy zaoferowane ceny uwzględniają rabat od cen katalogowych i jak się on kształtuje w stosunku do tego konkretnego zamówienia - a temu właśnie służą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca ma wykazać możliwość zaoferowania ceny niższej, jako realnej, a nie jedynie mówić, że taką możliwość posiada.

W zakresie oferowanych kotłów, Odwołujący jednoznacznie wskazał, że oferuje kotły o mocy 24 KW i o innych rozwiązaniach technicznych, tj. zastępując wymagane stacje demineralizacji filtrami sznurkowymi lub węglowymi, a dodatkowa pompa w zestawie ładowania podgrzewacza c.w.u. zostanie zastąpiona zaworem trójdrogowym. Podobnie, co do oszczędności w zakresie zastosowanych rozwiązań, np. przy zastosowaniu przecisku w sytuacji, gdy Zamawiający wskazywał na inny sposób zagłębienia rury, czy w przypadku nie ujęcia w cenie oferty właściwych zaworów i armatury. Zamawiający był zatem uprawniony do stwierdzenia, że w zaoferowanej cenie Odwołujący nie wykona zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, bowiem zaoferowana cena i jej wyjaśnienia nie potwierdzały wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją.

Izba wskazuje również, że zmiany zaproponowane przez Odwołującego nie mogą stanowić o zastosowaniu materiałów równoważnych, bowiem równoważność odnosi się do użytych materiałów o porównywalnych parametrach i funkcjonalności, a nie do innej technologii wykonania zamówienia, wymagającej zmian w projekcie.

Odwołujący w składanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny winien podać te informacje, które wskazał w treści odwołania oraz podczas rozprawy, a których treści Zamawiający

nie znał, odrzucając ofertę Odwołującego. Jednak na etapie postępowania odwoławczego, dodatkowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jako spóźnione, nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę, bowiem w takim przypadku nastąpiłoby przywrócenie Odwołującemu terminu na złożenie nowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba ocenia czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem ocena czynności podjętej przez Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, musi opierać się wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, znanych Zamawiającemu w dacie czynności odrzucenia oferty.

Złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie dawały podstaw do uznania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4 i pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację kosztów pracy zatrudnionych pracowników i nie odniesienie się do wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie, Izba częściowo podziela argumentację Odwołującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) (...);
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Izba podziela stanowisko Odwołującego w zakresie braku obowiązku odniesienia się przy określeniu wynagrodzenia pracowników do średnich stawek wynagrodzenia z województwa mazowieckiego, jako punktu odniesienia dla ustalenia właściwych wartości wynagrodzenia pracowników. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego załączonego przez Zamawiającego do Odpowiedzi na odwołanie, tj. wydruku z bazy cen Intercenbud z dnia 15 listopada 2022 r. na potwierdzenie aktualnych cen robocizny w robotach sanitarnych. Izba wskazuje, że podstawą określenia minimalnej stawki za pracę nie jest informator Intercenbud lecz Rozporządzenie 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. z 2021 r. poz. 1690), zgodnie z którym (par. 2) od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 19,70 zł.

Intercenbud jest wydawany przez prywatny podmiot prowadzący zwykłą komercyjną działalność. Nie jest to podmiot, do opracowań którego odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych czy jakikolwiek inny akt prawny.

Jednakże Izba zwraca uwagę na brak konsekwencji ze strony Odwołującego i spójności w zakresie informacji co do wynagrodzenia pracowników. W załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorysach została podana stawka 20,00 zł i 22,00 zł, natomiast w odwołaniu pojawia się już stawka 41,888 zł. Powyższe świadczy co najmniej o braku rzetelności w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny co do przyjętych kosztów pracy.

Podsumowując powyższe, pomimo podzielenia argumentacji Odwołującego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony, bowiem zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów które miało, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dawały Zamawiającemu podstawę do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a zatem odrzucenie oferty odwołującego było zasadne. Uwzględnienie powyższego zarzutu pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania.

Zarzut nie mógł więc zostać uwzględniony.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 ust 1 i 3 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, 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;

W ocenie Izby, w treści złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący lakonicznie i szcątkowo zawarł informacje, do których odnosi się ww. przepis, o czym więcej w uzasadnieniu do zarzutu pierwszego. Ponadto ich treść, uzasadniała stanowisko Zamawiającego, iż za zaoferowaną cenę Odwołujący nie wykona zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia.

Dodać należy, że każdy zarzut odnosi się również do naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, jednak Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) 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).

Przewodniczący: