

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2021 r. przez wykonawcę Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Wod-Bud” Z. K. w Nasiegniewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Izbica Kujawska

przy udziale wykonawcy Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jako zawierającej rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu Gminie Izbica Kujawska unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.);
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i odwołującego po połowie 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 zamawiającego Gminy Izbica Kujawska na rzecz odwołującego Z. K.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Wod-Bud” Z. K. w Nasiegniewie kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych. zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Izbica Kujawska (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz wymiana sieci wodociągowej z rur AC na PVC w ulicach Wesoła, Kwiatowa, Przedmiejska, Tymieniecka w Izbicy Kujawskiej” (nr ref. GKLP.271.21.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. pod numerem 771107-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 3 marca 2021 r. wykonawca Z. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „Wod-Bud” Z. K. (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Rawo” lub „Przystępujący”) i zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i która zawiera rażąco niską cenę. W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rawo jako zawierającej rażąco niską cenę oraz wypełniającą znamiona uznania jej za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
2. art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierzetelne, niezgodne z ww. przepisem przeprowadzenie postępowania w sprawie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Rawo.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Rawo.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający na realizację zadania przeznaczył kwotę 3.635.649,12 zł, a cena każdej ze złożonych ofert była niższa od powyższej kwoty (w tym oferta wykonawcy Rawo o więcej, niż 30%). Średnia cena złożonych ofert {z pominięciem oferty wybranej} to kwota 2.639.108,70 zł. (suma cen pozostałych ofert dzielona przez 7), zaś średnia cena złożonych ofert ogółem (z uwzględnieniem oferty wybranej) to kwota 2.544.954,39 zł. Średnia cena ofert z pominięciem ofert odrzuconych to kwota 2.698.058,59 zł. Wszystkie powyższe dane dowodzą zdaniem Odwołującego, że oferta Przystępującego wypełniała znamiona uznania ją za rażąco niską, w związku z czym postępowanie w tej

sprawie powinno zostać przeprowadzone ze szczególną rzetelnością. Zamawiający zaniechał staranności w weryfikacji oferty oraz oświadczeń wykonawcy Rawo, czym naruszył art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie złożył wyjaśnień w pełnej wymaganej szczegółowości, ograniczając się wyłącznie do lakonicznych i niewiele znaczących ogólnikowych sformułowań. Zamawiający winien już w takim przypadku odrzucić jego ofertę. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą obowiązek przedstawienia dowodów w zakresie zaprzeczenia rażąco niskiej cenie spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi (tak wyrok KIO z 17.12.2018 r. w sprawie KIO 2520/18). Odwołujący zauważył, że zastanowienia Zamawiającego nie wzbudziło podanie przez wykonawcę Rawo nierealistycznie niskich cen niektórych składników cenotwórczych oferty. Różnica wartości przykładowych, niżej wymienionych, poszczególnych pozycji oferty z wartościami odpowiadających im pozycji kosztorysu inwestorskiego nie może być uzasadniona jakimikolwiek racjonalnymi argumentami, związanymi z zastosowaniem metod oszczędności. I tak:

- a) Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi (90%) o poj. łyżki 0.60 m³ w gruncie kat. I-II z transportem urobku na odległość 10 km po drogach o nawierzchni utwardzonej samochodami samowładowczymi:
- Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie ofertowym - 13,14 zł
 - Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie inwestorskim - 50,40 zł
- b) Zasypanie wykopów podłużnych spycharkami z zagęszczeniem mechanicznym ubijakami - kat. gruntu I- II - współczynnik zagęszczenia $J_s=1.02$)
- Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie ofertowym - 3,95 zł
 - Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie inwestorskim - 14,20 zł
- c) Zасыpywanie wykopów o ścianach pionowych o szerokości 0.8-2.5 m i głębokości do 3.0 m w gruncie . kat. I -III - współczynnik zagęszczenia $J_s =0.98$)- obsypka rurociągów 0 cm ponad rurę.
- Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie ofertowym - 21,45 zł
 - Cena jednostkowa za 1 m³ w kosztorysie inwestorskim - 62,54 zł
- d) Osadzenie włazu typu ciężkiego na studni (pozycja zawiera materiał właz żeliwny typ

- ciężki)
- Cena jednostkowa za 1 szt. w kosztorysie ofertowym - 149,84 zł
 - Cena jednostkowa za 1 szt. w kosztorysie inwestorskim - 711,91 zł
- e) Montaż przepompowni ścieków sanitarnych wraz z wyposażeniem o śr. 1500 mm w gotowym wykopie o głębokości 3m
- Cena jednostkowa za 1 stud. w kosztorysie ofertowym - 2 900,63 zł
 - Cena jednostkowa za 1 stud. w kosztorysie inwestorskim - 53 701,38 zł
- f) Podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem w ilości 25 kg/m², warstwa o grubości po zagęszczeniu 15 cm (jezdnia)
- Cena jednostkowa za 1 m² w kosztorysie ofertowym - 18,28 zł
 - Cena jednostkowa za 1 m² w kosztorysie inwestorskim - 36,26 zł
- g) Warstwa podbudowy zasadniczej z kruszyw łamanych o grubości po zagęszczeniu 20 cm (jezdnie)
- Cena jednostkowa za 1 m² w kosztorysie ofertowym - 23,95 zł
 - Cena jednostkowa za 1 m² w kosztorysie inwestorskim - 36,64 zł

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawnie uznał za wiarygodne i wystarczające wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uzasadnienia ceny oferty, choć nie zawierały one jakichkolwiek szczegółowych wyjaśnień, choćby w zakresie minimalnym, wskazanym w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wszelkie oświadczenia wykonawcy Rawo, złożone w celu uzasadnienia ceny oferty są gołosłowne, brak jest bowiem dowodów (wyliczeń) na oszczędności osiągnięte poprzez podnoszone w wyjaśnieniach okoliczności związane z logistyką, organizacją pracy, kwalifikacjach kadry, formy zatrudnienia (umowa o pracę), wynajmem bazy, posiadaniem maszyn i urządzeń, czy poziomem marż. Odwołujący podniósł ponadto, iż forma w jakiej przedstawiony został kosztorys ofertowy nie wskazuje wysokości podstawowej stawki roboczogodziny, z której to Zamawiający mógłby zweryfikować wysokość stawki godzinowej przyjętej do ustalenia ceny w kontekście wymogu, aby stawka ta nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za

pracę. Wszystkie z podniesionych w piśmie wykonawcy Rawo okoliczności uzasadniających niską cenę nie mają też znaczenia w świetle kosztorysu inwestorskiego, gdyż kosztorys ten nie zawiera zróżnicowania co do organizacji pracy, formy dysponowania maszynami, urządzeniami, czy elementami infrastruktury budowlanej. W trakcie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny wykonawca musi wykazać poprzez konkretne wyliczenia, jakiej wysokości oszczędności osiągnie realizując inwestycję według przyjętych przez siebie założeń i sposobu. Wobec braku wyjaśnień w ww. szczególności Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy Rawo z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał na art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., powołując się na orzecznictwo wskazujące, iż zaoferowanie przez wykonawcę tak niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, iż prowadzi ona do zaoferowania towaru poniżej kosztów jego wytworzenia, wypełnia dyspozycję ww. przepisu. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi zaś osobną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący uzasadniając niską cenę oferty, nie tylko złożył kosztorys obrazujący składowe zaoferowanego wynagrodzenia, ale także złożył kopie posiadanych ofert na składowe zamówienia, w celu wykazania realnego dla niego poziomu ich cen (w kontekście treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie oświadczył, iż posiada 50% poziom upustów od oficjalnych cen sprzedaży stosowanych przez dany podmiot). Porównanie cen przyjętych w kosztorysie z treścią załączonych ofert podmiotów trzecich pozwala postawić tezę, że wykonawca Rawo zaproponował Zamawiającemu wykonanie umowy w cenach dumpingowych. Konkluzja ta dotyczy kosztorysu w pozycjach w odniesieniu do poszczególnych ofert załączonych przez wykonawcę Rawo:

1) Oferta MT Invest Sp. z o.o.:

- a) oferta poz. Nr 9 Przepompownia wartość netto - 42 075,00 zł, podczas gdy kosztorys ofertowy w poz. Nr. 447 Montaż przepompowni ścieków wraz z wyposażeniem o śr. 1500 w wykopie - 1 kpi. wartość netto - 2 900,03 zł,
- b) oferta poz. nr. 34 Zawór Nap-Opdp 2-st do ścieków 7090 Dn50 - 1 szt. wartość netto - 5 584,24 zł, podczas gdy kosztorys ofertowy w poz. 446 Montaż zespołu napowietrzająco-odpowietrzającego Dn 80 z przyłączem kołnierзовym do bezpośredniej zabudowy w ziemi - 1 kpi. wartość netto - 2 438,64 zł,
- c) oferta poz. nr. 33 Hydrant naziemny8003 Dn 100 L — 1500 - 1 szt. wartość netto - 2761,50 zł, podczas gdy kosztorys ofertowy w poz. nr. 97, 1 36, Hydranty pożarowe naziemne z kolaniem stopowym kołnierзовym o śr. Nominalnej 1 00 mm - 1 kpi. wartość netto - 221 2,50 zł

- 2) Oferta P.W. MARGO: oferta i warunki handlowe za przepompownię ścieków - 1 kpi wartość netto 43 000,00 zł, podczas gdy kosztorys ofertowy poz. Nr. 447 Montaż przepompowni ścieków wraz z wyposażeniem o śr. 1 500 w wykopie - 1 kpi. wartość netto - 2 900,63 zł
- 3) Oferta HYDRO-INSTAL KONIN Sp. z o.o - Dział III Włazy żeliwo-betonowe i wpusty - Oferta poz. nr. 1 Właz żeliwno-betonowy Dn 600 H 1 00 - 1 szt. wartość netto - 305,00 zł - podczas gdy kosztorys poz. nr. 232, 259, 282, 305, 330, 360, 386, 412, 443, Osadzenie włazu typu ciężkiego na studni - 1 kpi wartość netto - 149,84 zł
- 4) Oferta Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. Koło
 - a) oferta poz. nr. 1 ust. 2 Warstwa wiążąca - beton asfaltowy AC16W-gr. 8 cm - wartość netto – 60,00 zł/m², podczas gdy kosztorys poz. nr. 460, 478, 508, Nawierzchnia z betonu asfaltowego AC1 6W (warstwa wiążąca) gr. 8 cm - wartość netto - 58,45 zł/m²
 - b) oferta poz. nr. 1 ust. 3 Warstwa ścieralna - beton asfaltowy AC11S - gr. 5 cm - wartość netto – 40,00 zł/m², podczas gdy kosztorys poz. 479, Nawierzchnia z betonu asfaltowego AC11S (warstwa ścieralna) gr. 5 cm - wartość netto - 36,52 zł/m²
 - c) oferta poz. nr. 2 ust. 2 Warstwa ścieralna - beton asfaltowy AC16W - gr. 4 cm - wartość netto – 30,00 zł/m², podczas gdy kosztorys poz. nr. 492, Nawierzchnia z betonu asfaltowego AC16W (warstwa wiążąca) gr. 4 cm - wartość netto - 29,22 zł/ m²,
 - d) oferta poz. nr. 2 ust. 3 Warstwa ścieralna - beton asfaltowy AC11 S - gr. 4 cm - wartość netto – 32,00 zł/m², podczas gdy kosztorys poz. 493, Nawierzchnia z betonu asfaltowego AC11S (warstwa ścieralna) gr. 4 cm - wartość netto - 29,22 zł/m²

Odwołujący zauważył ponadto, że przedstawiony przez wykonawcę Rawo kosztorys nie zakłada osiągnięcia przez ten podmiot zysku. Wniesienie oferty, która została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale również poniżej kosztów własnych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. (tak wyrok KIO z 11.1 2.2014 r. KIO 2466/14). W ocenie Odwołującego w rozpatrywanym przypadku wykonawca Rawo skalkulował cenę oferty poniżej rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia (przez tego wykonawcę), wynikających m.in. z ofert jego podwykonawców i poddostawców i nie założył zysku z wykonania zadania objętego ofertą. Oferta ta bezsprzecznie zawiera cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy Pzp i stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Oferta ta została skalkulowana i złożona wyłącznie w celu wyeliminowania innych wykonawców, rzetelnie prowadzących swoją działalność gospodarczą z postępowania przetargowego, którego celem jest pozyskanie możliwości wykonania zamówienia publicznego

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2020 r. na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie Zdaniem Zamawiającego procedura przetargu została przeprowadzona zgodnie z wszelkimi wymogami prawa i wybrano najkorzystniejszą ofertę. Przystępujący złożył wszelkie wyjaśnienia dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego złożył obszerne, merytoryczne i uzasadnione wyjaśnienie oraz załączył stosowne dowody Zamawiający wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt: IV Ca 1299/09, podnosząc iż wyjaśnienia Przystępującego są konkretne, sprawdzalne, stanowią dowód, że ceny oferty wykonawca Rawo nie przyjął dowolnie, lecz z uwzględnieniem: własnych możliwości i realiów rynkowych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, jak i wymagań wskazanych w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W tym kontekście prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie budzi wątpliwości. Wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, mają charakter obiektywny — powiązany z ceną jego oferty - wskazują okoliczności i ich wpływ na cenę przyjętą przez wykonawcę w jego ofercie. Dodatkowo stanowią one przedstawienie kompletnej i szczegółowej kalkulacji elementów składowych zaoferowanej ceny. Przystępujący zaznaczał w swoich wyjaśnieniach, że posiada bardzo duże doświadczenie przy pracach związanych z przedmiotem zamówienia, posiada wysoko wykwalifikowaną kadrę pracowników, którzy zatrudnieni są na umowę o pracę, żaden z nich nie znajduje się w okresie wypowiedzenia i wynagrodzenie każdego z nich spełnia wymogi płacy minimalnej, pracownicy nie będą skierowani na delegację w związku z realizacją zamówienia, firma posiada duże i nowoczesne zaplecze sprzętowe, co pozwala znacznie zwiększyć wydajność realizacji robót budowlanych, brak będzie kosztów wynajmu maszyn, a jedyne koszty to eksploatacja maszyn i paliwo, oraz przegląd serwisowy, samodzielnie może zrealizować zadanie, bez współpracy z innymi firmami, oferowana kwota zawiera wszystkie wydatki i opłaty związane z koniecznością wykonania całości inwestycji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający powołał się na poglądy orzecznictwa, podnosząc że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przytoczył konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też nie określił na czym miało ono polegać. Wskazał on jedynie na rażąco niską cenę oraz na okoliczność wyeliminowania innych wykonawców przez Przystępującego. Zamawiający podkreślił, iż przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. dotyczące sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie Dodatkowo warunkiem realizacji

przesłanki celu, o którym mowa powyżej jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Z literalnego brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu musi stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem Odwołujący obowiązany jest udowodnić, że elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty wypełniają znamiona czynu wskazanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, że działanie wykonawcy jest nakierowane na utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku, co wyklucza sytuacje, w których nawet ewentualna możliwość przypisania wykonawcy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie nastąpiła w wyniku złożenia oferty, ale jest od tej czynności niezależna. Zamawiający wskazał także, że zarzucany delikt występuje, gdy sprawca działa świadomie, a zatem z winy umyślnej. Stopień zawinienia przez Przystępującego zarzucanego mu czynu został przez Odwołującego całkowicie pominięty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mając na uwadze, iż zgodnie z dokumentacją złożoną przez Przystępującego do akt sprawy doszło do przekształcenia spółki Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi (KRS 0000596002) w spółkę Rawo Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (KRS 0000882131).

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

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, wezwanie i wyjaśnienia Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia obejmuje budowę sieci kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz wymiana sieci wodociągowej z rur AC na PVC w ulicach Wesoła, Kwiatowa, Przedmiejska, Tymieniecka w Izbicy Kujawskiej. Zakres rzeczowy zamówienia określony został w pkt 3.2 SIWZ, a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 1 do SIWZ. W pkt 13 SIWZ Zamawiający wskazał, iż cena oferty jest ceną ryczałtową obejmującą cały zakres robót określony w SIWZ. Podana w ofercie cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej Specyfikacji. Musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zadania opisanego w SIWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, z uwzględnieniem robót wynikających z wizji lokalnej, obowiązujących przepisów oraz sprawowania nadzoru wykonawczego na budowie. W oferowanej cenie ryczałtowej Wykonawca ujmie wszelkie koszty, jakie może ponieść z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, a także koszty ryzyka Wykonawcy związanego z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 955 812,29 zł netto (3 635 649,12 zł brutto). W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył m.in. Przystępujący z ceną 1 786 083,00 zł brutto i Odwołujący z ceną 2 688 000,00 zł brutto. Ceny ofert w postępowaniu kształtowały się w granicach od 1 683 501,00 zł do 3 208 437,64 zł.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2021 r., wskazując na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów (min. kosztorysu

ofertowego) dotyczących wyliczenia ceny i elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, iż oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający przywołał także treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż jego oferta tj. 1.786.083,00 zł brutto nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, iż oferta jest niższa o 49 % od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie dowodzi, że kwota zaoferowana za wykonanie przedmiotowego zadania jest rażąco niska. Cena oferty jest ceną rynkową, została ona skalkulowana właściwie i rzetelnie. Ponadto biorąc pod uwagę średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert tj. 2.309.443,38 zł brutto, cena oferty Przystępującego jest od niej niższa tylko o 22%. Przystępujący wskazał, iż jego oferta jest drugą w kolejności po najniższej, natomiast różnica między jego ofertą, a ofertą na trzeciej pozycji to 6,4%. Wyjaśnił, iż dzięki przemyślanej logistyce związanej z prowadzeniem prac na kilka samodzielnych brygad jest w stanie wykonać to zadanie w szybkim okresie. Posiada bardzo duże doświadczenie przy prowadzeniu prac z koniecznością odwadniania wykopów, które Przystępujący zdobył przy realizacji robót ziemnych prowadzonych w trudnych i bardzo trudnych warunkach gruntowo-wodnych. Realizację oferowanych usług zapewnia wysoko wykwalifikowana kadra pracownicza posiadająca odpowiednie i długoletnie doświadczenie oraz uprawnienia. Ponadto osoby pracujące w firmie Przystępującego są zatrudnione na umowę o pracę na warunkach wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym. Żaden z pracowników nie znajduje się w okresie wypowiedzenia umowy o pracę a wynagrodzenia za pracę nie są niższe od minimalnego ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. wynagrodzenia za pracę. Przystępujący oświadczył, że w cenie ofertowej uwzględnione zostały koszty związane z organizacją zaplecza technicznego poprzez wynajem bazy na cały okres realizacji ww. zadania oraz postawienia własnych kontenerów socjalnych. Wskazał, że jego

pracownicy nie będą skierowani na prace w delegacji podczas realizacji zamówienia. Firma nie będzie ponosić dodatkowych kosztów związanych z delegacjami, noclegami oraz dietami dla pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. Przystępujący wskazał, iż jego firma dysponuje dużym i nowoczesnym zapleczem sprzętowym. tj. koparki kołowe, koparki gąsienicowe, koparko-ładowarki, samochody ciężarowe, wywrotki, naczepy, ciągnik siodłowy oraz narzędzia i elektronarzędzia (ubijaki spalinowe, walce drogowe, zestawy igłofiltrów, szalunki stalowe, piły do cięcia asfaltu, niwelatory) co pozwala znaczenie zwiększyć wydajność realizacji robót budowlanych. Skutkiem tego wykonawca nie ponosi dodatkowych kosztów wynajmu maszyn. Jedyne koszty jakie poniesie wykonawca to koszty eksploatacji - paliwo oraz przegląd serwisowy. Ponadto wykonawca jest w stanie samodzielnie wykonać całość zadań bez współpracy z innymi firmami oraz obniżyć koszty wykonania prac.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż skalkulowana kwota zawiera wszystkie wydatki oraz opłaty Przystępującego związane z koniecznością wykonania całości inwestycji w tym odtworzenie nawierzchni oraz obsługę geodezyjną. W związku z długoletnim funkcjonowaniem na rynku w branży wodno-kanalizacyjnej Przystępujący nawiązał dużo kontaktów z dostawcami materiałów budowlanych co sprawiło, że wypracował rabaty rzędu ponad 50% od cen katalogowych na materiały branży wod-kan. Jednocześnie w chwili składania oferty posiadamy zmagazynowane zapasy materiałowe, które spełniają wymagania zawarte w SIWZ oraz dokumentacji projektowej i częściowo pokrywają się z materiałami potrzebnymi do wykonania niniejszego zadania. Materiały zostały zakupione przed tegorocznymi podwyżkami cen co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia Sugerujemy również, iż ceny zawarte w ofertach mogą odbiegać od przyjętej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, ponieważ może to być spowodowane faktem, iż kosztorysy inwestorskie z reguły sporządzane są z uwzględnieniem dużych narzutów oraz przyjmowane są ceny katalogowe materiałów budowlanych i tym samym wartość zamówienia jest znacznie zawyżona. Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wynikających z przedmiotu zamówienia. Przeprowadził wizję lokalną i uzyskał szereg istotnych informacji niezbędnych do prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Wskazał, że nie będzie korzystał z pomocy publicznej przy realizacji tego zadania. Ponadto nie będzie wnioskować o kredyt inwestycyjny na realizację tego zamówienia, ponieważ dysponujemy własnymi środkami finansowymi. Przystępujący gwarantuje wykonanie zadań terminowo, prawidłowo, z zachowaniem zasad sztuki budowlanej wraz z założonym zyskiem około 6% bez ponoszenia strat przez firmę. Do wyjaśnień Przystępujący załączył otrzymane wyceny handlowe dla głównych materiałów: oferta handlowa MT Invest z dnia 11.01.2021 - Dostawa rur, kształtek,

armatury, separatora, wylotu do rowu oraz przepompowni ścieków; oferta handlowa firmy PW MARGO z dnia 12.01.2021 - dostawa przepompowni ścieków (alternatywa do MT Invest); oferta handlowa firmy HYDRO-INSTAL KONIN z dnia 11.01.2021 - studni, włączów oraz wpustów; oferta firmy PRD-M S.A. Koło z dnia 11.01.2021 - odtworzenie nawierzchni z mas bitumicznych; oferta firmy Brukarstwo R. T. - odtworzenia powierzchni z kostek brukowych. Przystępujący załączył także kosztorys ofertowy.

Zamawiający w dniu 26 lutego 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Oferta Odwołującego była drugą w kolejności spośród ofert nieodrzuconych ofertą według uzyskanej punktacji w kryteriach oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba za zasadny uznała zarzut odwołania dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita

oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z kolei jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższych regulacji, w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. 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. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. 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 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. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnić wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje (obowiązek taki wynika z art. 90

ust. 1 ustawy Pzp), ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

Izba zwraca także uwagę, iż nie tylko w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Analogiczna sytuacja ma miejsce w postępowaniu odwoławczym - zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 537 pkt 1 ustawy nPzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Również zatem w postępowaniu odwoławczym to na Przystępującym spoczywał ciężar wykazania, że cena jego oferty nie była na rażąco niskim poziomie, co sprowadzało się do konieczności odparcia argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Kwestia rozkładu ciężaru dowodu miała zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy - w ocenie Izby Przystępujący nie sprostował bowiem obowiązkowi dowiedzenia w postępowaniu odwoławczym, że złożone przez niego na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia były konkretne i wyczerpujące, a cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Zauważyć należy, że Odwołujący przedstawił w treści odwołania konkretne argumenty mające wykazać, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał po pierwsze na podanie w treści wyjaśnień nierealistycznych w jego ocenie składników cenotwórczych oferty, których wartość odbiegała od przyjętej przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Po drugie Odwołujący zwrócił uwagę na istotne sprzeczności występujące pomiędzy cenami wskazanymi w ofertach podmiotów trzecich załączonych przez Przystępującego do wyjaśnień a treścią kosztorysu ofertowego złożonego wraz z tymi wyjaśnieniami, wskazujące na rażące zaniżenie wartości poszczególnych pozycji kosztorysu. Po trzecie Odwołujący wskazał na lakoniczność udzielonych wyjaśnień, brak przedstawienia dowodów potwierdzających wskazywane przez Przystępującego oszczędności związane z logistyką, organizacją pracy, kwalifikacjami kadry, formą zatrudnienia, wynajmem bazy, posiadaniem maszyn i urządzeń czy poziomem marż. Odwołujący wskazał także, że przedstawiony wraz z wyjaśnieniami kosztorys nie pozwala na zweryfikowanie czy przyjęta stawka wynagrodzenia pracowników spełnia ustawowe wymogi dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Do żadnej z powyższych okoliczności Przystępujący w postępowaniu odwoławczym w zasadzie nie odniósł się. Przystępujący nie podjął jakiegokolwiek polemiki z twierdzeniami odwołania, pomimo, iż to jego obciążał obowiązek wykazania okoliczności przeciwnych. To on, jako wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Tymczasem Przystępujący prezentował postawę bierną, nie ustosunkował się w ogóle w sposób merytoryczny do konkretnych podstaw faktycznych zarzutów zawartych w odwołaniu, nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej. Cała jego argumentacja ograniczyła się do przedstawienia nowej, nieznanej na etapie udzielania wyjaśnień, sporządzonej na potrzeby postępowania odwoławczego, kalkulacji ceny oferty mającej potwierdzić jej prawidłowość. Przystępujący nie wyjaśnił różnic pomiędzy cenami wskazanymi w kosztorysie ofertowym złożonym na wezwanie Zamawiającego a cenami wynikającymi z kosztorysu inwestorskiego, nie wskazywał również, że pomimo tych różnic przyjęty poziom cen jest odpowiedni. Nawet jeśli Przystępujący, jak twierdził na rozprawie, nie dysponował kosztorysem inwestorskim, to nie zwalniało go to z obowiązku odparcia zarzutów odwołania w tym zakresie. Odwołujący w treści odwołania przywołał konkretne kwoty z obu kosztorysów odnoszące się do poszczególnych, kwestionowanych pozycji, nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby Przystępujący dysponując tak wskazanymi danymi, do nich się odniósł. Na marginesie jedynie można dodać, że kosztorys inwestorski, jako element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Przystępujący mógł uzyskać od Zamawiającego, gdyby złożył stosowny wniosek o jego udostępnienie.

Przystępujący nie podjął również żadnej próby wyjaśnienia sprzeczności, na które zwrócono uwagę w odwołaniu, istniejących pomiędzy wartościami przyjętymi w poszczególnych pozycjach kosztorysu a cenami wynikającymi z ofert podmiotów trzecich załączonych do wyjaśnień. Wręcz przeciwnie - Przystępujący podczas rozprawy przyznał, że kosztorys ofertowy załączony do wyjaśnień, opracowany na etapie ich składania, zawierał błędy, a powołanie się na te błędy było jedyną argumentacją jaką Przystępujący przedstawił w celu odparcia twierdzeń Odwołującego. Stanowisko Przystępującego zaprezentowane na rozprawie poddaje w wątpliwość rzetelność przedstawionych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, skoro bowiem kosztorys ofertowy załączony do tych wyjaśnień zawierał błędy, to brak jest możliwości ustalenia, w jaki sposób Przystępujący kalkulował cenę oferty. Jest to tym bardziej istotne, że błędy te (wnioskując po różnicach cenowych między kosztorysem a ofertami dostawców, na które wskazano w odwołaniu) polegały na nieuzasadnionym zaniżeniu części pozycji kosztorysu w stosunku do kosztów wynikających z ofert partnerów handlowych, które złożone zostały przecież po to, aby wykazać prawidłowość kalkulacji ceny oferty.

W świetle powyższych okoliczności wyjaśnienia te nie mogą być uznane za wyczerpujące i rzetelne. Ponadto z samej treści wyjaśnień nie wynikają żadne szczegółowe informacje pozwalające ustalić sposób kalkulacji ceny oferty, nie wynika z nich jakie elementy kosztotwórcze i w jaki sposób zostały uwzględnione. Przystępujący wskazał jedynie na pewne okoliczności powodujące powstanie po jego stronie oszczędności wpływających na zaoferowaną cenę, niemniej również w tym zakresie nie podał żadnej mierzalnej wartości tych elementów ani ich realnego wpływu na przyjęte koszty realizacji zamówienia. Ogólne powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności nie może zostać uznane za wystarczające, konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Dla zobrazowania powyższego można wskazać, że Przystępujący powołał się na możliwość wykonania zamówienia w krótszym okresie, nie podając nawet w jakim. Jakkolwiek przedstawione w wyjaśnieniach okoliczności, takie jak dysponowanie własnym sprzętem czy posiadanie zapasów materiałowych mogą mieć znaczenie dla powstania oszczędności podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, to treść wyjaśnień Przystępującego - w obliczu braku podania konkretnych informacji o sposobie kalkulacji ceny oferty oraz wyjaśnienia jak określone okoliczności wpływają na cenę oferty - nie pozwala na uznanie ich za wystarczające do wykazania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Słusznie także zwrócił uwagę Odwołujący, że wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono dowodów potwierdzających istnienie wskazanych w wyjaśnieniach oszczędności metody wykonania zamówienia czy sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Przystępującego. Przystępujący przedstawił tylko oferty dostawców materiałów budowlanych, które zamiast uwiarygodnić przyjętą kalkulację ceny oferty, wykazały przyjęcie nieprawidłowego poziomu kosztów w opracowanym kosztorysie ofertowym. Braku dołożenia przez Przystępującego należytej staranności na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie mogą zastępować podejmowane przez niego w postępowaniu odwoławczym działania, tj. przedstawienie opracowanej na potrzeby tego postępowania kalkulacji, mającej potwierdzić realność przyjętego poziomu cen i rentowność inwestycji. Podkreślić należy, że przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest dokonanie oceny prawidłowości przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego, w efekcie której uznał on, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny muszą być znane Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po to, aby Zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie

jest właściwe działanie wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą przedkłada opracowaną szczegółową kalkulację mającą uwiarygodnić jego stanowisko. Tak opracowana kalkulacja nie może stać się podstawą uznania, że cena oferty Przystępującego nie stanowi ceny o rażąco niskim charakterze.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Zamawiający naruszył ustawę Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazywały, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w tej części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Izba oddaliła natomiast odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut ten nie został wykazany przez Odwołującego.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2020 r. poz. 1913). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Niewątpliwie

zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 teŹże ustawy.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania powołał się na art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaŹ towarów lub usług poniŹej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaŹ poniŹej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaŹy towarów (usług) poniŹej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaŹy poniŹej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyŹszych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązkwowi dowodowemu nie sprostał, nie wykazując zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Odwołujący nie dowiódł, aby zaoferowanie przez Przystępującego ceny za wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia miało miejsce poniŹej kosztów, a w szczególności aby utrudniało innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z tego rynku. Odwołujący co prawda powołał się na dysproporcje pomiędzy cenami wskazanymi w ofertach dostawców materiałów załączonych przez Przystępującego do wyjaśnień raŹąco niskiej ceny, a cenami przyjętymi w kosztorysie złożonym wraz z tymi wyjaśnieniami, niemniej nie wykazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia ze sprzedaŹą poniŹej kosztów własnych, tj. zaniŹeniem ceny w takim stopniu, że skutkiem tego działania jest powstanie po stronie wykonawcy straty. Istnienie błędów w kosztorysie załączonym do wyjaśnień, do których przyznał się podczas rozprawy Przystępujący, jakkolwiek może teŹę Odwołującego w pewien sposób uprawdopodobniać, to nie jest jeszcze równoznaczne z tym, że cena, jaką wskazał za realizację zamówienia jest

ceną, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia bez straty. Odwołujący, poza przedstawieniem prostego porównania cen, okoliczności tej nie wykazał, jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Odwołujący nie dowiódł również, że zaferowanie przez Przystępującego ceny za realizację robót budowlanych na takim poziomie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku. Dla uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu, sprzedaż ta musi mieć jeszcze na celu eliminację innych przedsiębiorców. Należy zatem wykazać, że zamiarem wykonawcy była właśnie eliminacja z rynku innego przedsiębiorcy, np. po to, aby zająć jego miejsce na danym rynku, aby stworzyć sobie optymalne warunki do kształtowania cen na tym rynku. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. zniżenie przez wykonawcę ceny w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 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, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1). Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego

kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w 1/2 (zarzuty dotyczący rażąco niskiej ceny) i bezzasadne w takiej samej części (zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji), kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego i Zamawiającego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wyłącznie wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł. Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (1/2) wynosiła 5 000,00 zł, wobec czego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: