

**Sygn. akt: KIO 2980/20**

**WYROK  
z 30 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie 27 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 listopada 2020 r. przez K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. U. Atra K. P. z siedzibą w Porąbce w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Wilkowice z siedzibą w Wilkowicach,

**orzeka:**

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. U. Atra K. P. z siedzibą w Porąbce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

.....

## Uzasadnienie

Gmina Wilkowice z siedzibą w Wilkowicach (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa sezonowego centrum do edukacji ekologicznej oraz tras edukacyjno-dydaktycznych w ramach projektu Rewitalizacja przestrzeni nadbrzeżnej potoku Białka w Bystrej”, numer: ZP.271.020.2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 sierpnia 2020 r. pod numerem 575278-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

16 listopada 2020 r. wykonawca K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F. U. Atra K. P. z siedzibą w Porąbce (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego mimo wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, mimo szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
3. art. 90 ust. 3 Pzp przez nieuzasadnione uznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego potwierdzały rażąco niską cenę oferty Odwołującego i nie potwierdzały szczególnych okoliczności rzutujących na wysokość zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz jako zawierającą rażąco niską cenę,

2. dokonania ponownej oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a w sytuacji dalszej niejasności dla Zamawiającego - ponownego wezwania Odwołującego do doprecyzowania niektórych zagadnień,
3. ewentualnego powtórzenia czynności polegającej na badaniu ofert i wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania przed Izbą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W związku z wystąpieniem przesłanek z art. 90 ust. 1 Pzp Odwołujący 7 października 2020 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
- 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.

Zamawiający zwrócił się o złożenie kosztorysu ofertowego (mimo przewidzianego w zamówieniu wynagrodzenia ryczałtowego jako formy rozliczeń) wraz z zestawieniem kosztów poszczególnych materiałów, sprzętu i robocizny, z podaniem typu, producenta dostawcy materiałów i określeniem własności sprzętu. Ponadto zażądał wykazania kwot oszczędności, które potwierdzały różnicę pomiędzy kwotą z oferty, a kwotą z kosztorysów inwestorskich.

13 października 2020 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi, że zrealizuje on przedmiotowe zamówienie za cenę zaoferowaną w ofercie.

16 października 2020 r. Odwołujący otrzymał wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, na co Odwołujący wyraził pisemną zgodę.

9 listopada 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję brakiem zgody Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, co było niezgodne ze stanem faktycznym. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych i uzasadnienia poziomu kosztów. Zamawiający wskazał pięć pozycji kalkulacji oferty, zgodnie z formularzem oferty. Zamawiający odnosił się jednak każdorazowo do poszczególnych pozycji kosztorysowych dokonując swojego rodzaju porównania do pozycji kosztorysu inwestorskiego, zwłaszcza że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu miało charakter ryczałtowy.

Odwołujący wykazał w sposób rzetelny, że dokonał realnej kalkulacji oferty. Złożył szczegółowy kosztorys ofertowy, potwierdzający wycenę całego przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do wyjaśnień z 13 października 2020 r.). Wykazał, że zaoferowane ceny były cenami rynkowymi, co Odwołujący również udowodnił załączając do wyjaśnień załącznik nr 5 – dowody cen ofertowych dla poszczególnych materiałów. W załączniku nr 4 do wyjaśnień Odwołujący przedstawił wykaz najistotniejszych pozycji materiałowych dla przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnikowego, lakonicznego, czy zdawkowego. Odwołujący sumiennie przedstawił pełne wyjaśnienia, które uznał za wystarczające dla potwierdzenia braku rażąco niskiej ceny oraz możliwości realizacji zamówienia z dodatnim wynikiem finansowym.

Zamawiający dokonał wadliwej oceny i analizy złożonych dokumentów. Nie przyjął szczegółowej kalkulacji kosztorysowej potwierdzonej zaoferowanymi cenami ofertowymi dla materiałów. Zamawiający nie zauważył, że skoro Odwołujący wykazał zysk w kosztorysie to było to konsekwencją oszczędności metody wykonania zamówienia min. ze względu na ceny materiałów, ale również robocizny. Tę kwestię Odwołujący także przedstawił w swoich wyjaśnieniach. W kosztorysie podał również kalkulowane koszty robocizny (łatwo było wyliczyć różnicę pomiędzy kosztorysem ofertowym a inwestorskim), a w pozostałej części wyjaśnień podkreślił, że pozwalało to wygenerować zyski dla firmy.

Zamawiający nie uznał również wyjaśnień Odwołującego potwierdzających ceny przyjęte w kosztorysie. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców, co spowoduje, że nie będzie konieczności kalkulowania dodatkowych kosztów. Wykazał ponadto, że dysponował matrycami, które zamierzał wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że realizował już projekty z bliźniaczymi matrycami, oczywiste więc było, że kosztów produkcji czy zakupu matryc

ponownie nie poniesie. Odwołujący posiadał własny sprzęt (załącznik nr 1 do wyjaśnień) nie ponosiłby również kosztów jego wynajmu.

Nie było również przedmiotem zobowiązania Odwołującego (wbrew twierdzeniom Zamawiającego) przedstawienie tych matryc. Brak tych elementów kosztotwórczych pozwolił Odwołującemu na wyliczenie ceny na wskazanym w ofercie poziomie. Zamawiający nie mógł oczekiwać od wykonawców złożenia w ramach wyjaśnień ceny dowodów w postaci np. droższych i tańszych ofert materiałów na potwierdzenie oszczędności.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do przedłożonych dowodów, mógł ponownie wezwać Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Było to bowiem możliwe, jeśli treść wyjaśnień była niejasna dla Zamawiającego i oczekiwał on doprecyzowania niektórych zagadnień, a także jeżeli zauważył nieścisłości w złożonych wyliczeniach. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawił wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp było więc całkowicie nieuzasadnione.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą z trzydziestoletnim doświadczeniem, nie posiada kredytów, ani linii kredytowych, nie korzysta z pomocy Państwa, jest dobrze prosperującym pracodawcą dbającym o interesy firmy i swoich pracowników. W swoich wyjaśnieniach opisał również „politykę firmy”, która - zwłaszcza w obecnych w czasach pandemii - zmierza w pierwszej kolejności do zachowania miejsc pracy oraz zagwarantowania pracownikom miejsc pracy w okresie zimowo-wiosennym.

Odwołujący załączył do wyjaśnień materiały wskazujące na realizację projektów obejmujących zakres zamówienia oraz listy referencyjne z trzech różnych gmin, które potwierdziły profesjonalizm Odwołującego w zakresie realizacji podobnych zadań (załącznik nr 2 i 3 do wyjaśnień).

25 listopada 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania na podst. art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z powodu naruszenia przez Odwołującego art. 180 ust. 5 Pzp w związku z brakiem podpisu wykonawcy na kopii odwołania.

Jak wynikało z przesłanego przez Odwołującego 16 listopada 2020r. do Zamawiającego pliku zawierającego „dokument odwołania”, szata graficzna odwołania nie zawierała elementów graficznych odzwierciedlających podpis osoby je wnoszącej. Brak podpisu wykonawcy na tzw. kopii odwołania przesłanej Zamawiającemu, prowadził do naruszenia

zasady przesłania kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. W konsekwencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp odwołanie powinno zostać odrzucone.

Na wypadek oddalenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut nr 1 odwołania. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Cena oferty wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Oferta była tańsza o 50,63% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 42,98% od wartości zamówienia brutto.

Zamawiający poinformował, że oceniając złożone wyjaśnienia, w tym dowody będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający poprosił ponadto o złożenie kosztorysu ofertowego wraz z zestawieniem kosztów poszczególnych materiałów, sprzętu i robocizny, z podaniem typu/producenta/dostawcy materiałów, określeniem własności sprzętu. Ponadto Zamawiający poprosił o wykazanie kwot oszczędności, które uzasadniłyby różnicę pomiędzy kwotą z oferty, a kwotą z kosztorysów inwestorskich. Odwołujący miał ponadto złożyć dokumenty na potwierdzenie prawdziwości złożonych wyjaśnień.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia oraz wyliczenia, które nie uzasadniały i nie wykazały z czego wynikała tak duża rozbieżność wyceny dla wyspecyfikowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych.

Odwołujący wyjaśnił, że będzie w stanie osiągnąć zysk na materiale na poziomie 150 619,05 zł, co było sprzeczne z treścią złożonego przez Odwołującego pisma z wyjaśnieniami, gdzie napisał: „Biorąc pod uwagę, że bieżący rok jest trudny dla firm z powodu pandemii covid-19, w roku bieżącym polityka firmy opiera się na tym, by za wszelką cenę utrzymać miejsca pracy kosztem minimalnego zysku”.

Ww. zysk został obliczony błędnie, ponieważ Odwołujący przyrównywał ze sobą dwie nieporównywalne wartości, co zostało wykazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Z kolei informacje, które mogłyby uzasadnić oszczędności nie zostały poparte żadnymi obliczeniami lub kwotami. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie udowodnił swoimi wyjaśnieniami faktu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie znalazł przesłanek, by dalej dociękać przyczyn i metodyki wyliczania kosztów z kalkulacji wykonawcy, więc nie zwrócił się o „ponowne wyjaśnienia”. Ponadto Zamawiający musiałby wezwać Odwołującego ponownie do wyjaśnienia tych samych

okoliczności, jakie zostały wskazane w pierwszym wezwaniu, a na które Zamawiający nie dostał odpowiedzi.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z 3.2 SIWZ przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest w szczególności:

1. Zadanie 1: Budowa placu do edukacji ekologicznej przez zabawę wraz z sezonowym centrum do edukacji ekologicznej,
2. Zadanie 2: Zagospodarowanie terenu wokół Gminnego Centrum Edukacji Ekologicznej wraz z małą infrastrukturą edukacji ekologicznej,
3. Zadanie 3: Budowa tras edukacyjno–dydaktycznych wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zgodnie z punktem 3.4 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowiła dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiary.

Cena ofert miała charakter ryczałtowy, przy czym zgodnie z wzorem formularza ofertowego wykonawcy mieli podać cenę całkowitą, ale również ceny następujących elementów składających się na cenę całkowitą:

1. Budowa placu do edukacji ekologicznej przez zabawę wraz z sezonowym centrum do edukacji ekologicznej,
2. Zagospodarowanie terenu wokół Gminnego Centrum Edukacji Ekologicznej wraz z małą infrastrukturą edukacji ekologicznej,
3. Budowa tras edukacyjno–dydaktycznych wraz z infrastrukturą towarzyszącą,

4. Wykonanie nawierzchni placu do edukacji ekologicznej z sezonowym centrum edukacji ekologicznej,
5. Wykonanie nawierzchni przy Gminnym Centrum Edukacji Ekologicznej.

Zgodnie z zestawieniem upublicznionym przez Zamawiającego 23 września 2020 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1. Baugart Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie - cena: 1 725 119,23 zł,
2. Mar-Tom T.C. z siedzibą w Bielsku-Białej - cena: 1 300 290 98 zł,
3. Zakład Budowlano-Montażowy Probud Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu - cena: 1 171 202 44 zł,
4. Celmar Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu - cena: 2 330 850,00 zł,
5. Instal C. Sp. j. z siedzibą w Pierścicu - cena: 1 551 629,65 zł,
6. PUH Akro B. M. z siedzibą w Czechowicach - Dziedzicach - cena: 1 515 443,20 zł,
7. Odwołujący - cena: 701 629,22 zł,
8. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Starbud K. M. z siedzibą w Bielsku-Białej i Arbud A. D. z siedzibą w Bielsku-Białej - cena: 1 074 069,29 zł.

Wraz z zestawieniem ofert Zamawiający upublicznił informację, że na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę brutto w wysokości: 1 154 848,68 zł.

7 października 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Odwołującego ceny za przedmiot zamówienia. Wezwanie zawierało informację, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa o 50,63% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 42,98% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający zażądał z tego powodu złożenia wyjaśnień zgodnych co do zakresu z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt Pzp, ale wskazał również, że wyjaśnienia obejmować mają również wykazanie przyczyn rozbieżności między cenami częściowymi oferty, a ich odpowiednikami w kosztorysach inwestorskich, tj.:

„W ramach pozycji I - Budowa placu do edukacji ekologicznej przez zabawę wraz z sezonowym centrum do edukacji ekologicznej z kosztorysu inwestorskiego pozycja dotycząca wykonania wiaty (sezonowego centrum edukacji ekologicznej) i wykonanie labiryntu (tylko dwie z szesnastu pozycji z tabeli elementów scalonych) zostały wycenione na kwotę 167.978,41 zł netto (206.613,44 zł brutto). Wykonawca natomiast całość prac związanych z wykonaniem zakresu prac z pozycji I wycenił na 234.466,41 zł brutto.



W ramach pozycji 2 - Zagospodarowanie terenu wokół Gminnego Centrum Edukacji Ekologicznej wraz z małą infrastrukturą edukacji ekologicznej z kosztorysu inwestorskiego pozycja dotycząca wykonania grządki z bali impregnowanych 24x14 cm (tylko jedna pozycja) została wyceniona na kwotę 21.779,16 zł netto (26.788,37 zł brutto). Wykonawca natomiast całość prac związanych z wykonaniem zakresu prac z pozycji 2 wycenił na 9.428,20 zł brutto.

W ramach pozycji 3 - Budowa tras edukacyjno—dydaktycznych wraz z infrastrukturą towarzyszącą z kosztorysu inwestorskiego pozycje dotyczące robót ziemnych koparką, wykonanie wszystkich warstw podbudowy wraz z wzmocnieniem podłoża geosiatką i geowłókniną zostały wycenione na kwotę 290.007,19 zł netto (356.708,84 zł brutto). Wykonawca natomiast całość prac związanych z wykonaniem zakresu prac z pozycji 3 wycenił na 307.556,60 zł brutto.

W ramach pozycji 4 - Wykonanie nawierzchni placu do edukacji ekologicznej z sezonowym centrum edukacji ekologicznej z kosztorysu inwestorskiego pozycje dotyczące robót ziemnych koparką, wykonanie wszystkich warstw podbudowy wraz z wzmocnieniem podłoża geosiatką i geowłókniną oraz wykonanie wysiewki kamiennej z kruszywa dolomitowego zostały wycenione na kwotę 136.349,59 zł netto (167.710,00 zł brutto). Wykonawca natomiast całość prac związanych z wykonaniem zakresu prac z pozycji 4 wycenił na 114.540,99 zł brutto.

W ramach pozycji 5 - Wykonanie nawierzchni przy Gminnym Centrum Edukacji Ekologicznej z kosztorysu inwestorskiego pozycje dotyczące wykonanie wszystkich warstw podbudowy wraz z wzmocnieniem podłoża geosiatką i geowłókniną oraz wykonanie obrzeży kamiennych na ławie betonowej zostały wycenione na kwotę 43.655,25 zł netto (53.695,96 zł brutto). Wykonawca natomiast całość prac związanych z wykonaniem zakresu prac z pozycji 5 wycenił na 35.637,01 zł brutto”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że razem z wyjaśnieniami ceny oferty Odwołujący ma złożyć kosztorys ofertowy wraz z zestawieniem kosztów poszczególnych materiałów, sprzętu i robocizny, z podaniem typu/producenta/dostawcy materiałów oraz określeniem własności sprzętu. Wyjaśnienia zawierać miały również „wiarygodne dowody potwierdzające zastosowane do kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe np. oferty/umowy na dostawę materiałów”.

13 października 2020 r. Odwołujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia wraz z załącznikami i wskazał m. in.:

1. Odwołujący posiadał własną bazę transportową, własną stację paliw, własną spawalnię i własną kruszarnię wraz z stolarnią. Prowadził również hurtownię kruszyw. Jako dowód Odwołujący złożył zestawienie sprzętu będącego jego własnością.

2. Odwołujący w "ostatnim czasie" wykonał sześć podobnych do przedmiotu zamówienia zadań z dobrym wynikiem. Jako dowód Odwołujący złożył szereg referencji potwierdzających należyłą realizację ww. zadań.
3. Odwołujący wskazał, że wykonawca, który zaprojektował przedmiot zamówienia to ten sam podmiot, który zaprojektował bliźniacze do przedmiotu zamówienia projekty wybudowanych przez Odwołującego centrów edukacyjnych dla wsi Porąbka, Bujaków, Kobiernice oraz Czaniec. Odwołujący podniósł, że zrealizowane zadania posiadają te same elementy infrastruktury placu. Odwołujący samodzielnie wykonał matrycę i szablony, które wykorzystywał kolejno na każdym z realizowanych placów. Odwołujący nadal dysponuje tymi matrycami i szablonami i zamierza wykorzystać je w realizacji przedmiotowego zamówienia. Jako dowód Odwołujący złożył wydruk fotografii prezentujących zrealizowane, bliźniacze zadania.
4. Wykonanie bliźniaczych projektów dało Odwołującemu „rozeznanie odnośnie ilości roboczogodzin potrzebnych do zadania pn. Budowa sezonowego Centrum do edukacji ekologicznej oraz tras edukacyjno-dydaktycznych w ramach projektu Rewitalizacja przestrzeni nadbrzeżnej potoku Białka w Bystrej”. Stąd Odwołujący wiedział ile godzin muszą poświęcić jego pracownicy by je wykonać. Ponadto Odwołujący wskazał, że „kupując już wcześniej potrzebne materiały do zadań dot. placów i tras edukacyjnych”, uzyskał zadowalające ceny i rabaty. Odwołujący nie złożył dowodów na tą okoliczność.
5. Odwołujący wyjaśnił również, że ze względu na trudności wynikające z pandemii Covid-19 „polityka firmy opiera się na tym, by za wszelką cenę utrzymać miejsca pracy kosztem minimalnego zysku. Firma w tym roku nie korzystała z pomocy Państwa (Tarcze Antykryzysowe). Utrzymała kadrę oraz płynność finansową. Radziła sobie na rynku wygrywając przetargi po niższych stawkach, ale zapewniła pracę wszystkim pracownikom do końca roku. Nie posiada kredytów oraz linii kredytowych. Rok następny będzie rokiem jeszcze trudniejszym. Utrzymanie miejsc pracy, a zarazem, by pracownicy z wieloletnim stażem w firmie mieli zapewniony stały dochód oraz możliwość utrzymania rodziny, polityka firmy jest polityką, która wymusza wygrywanie przetargów z minimalnym zyskiem bądź z zyskiem bliskiemu zeru”.

Oprócz wspomnianych wyżej dokumentów i dowodów złożonych na poparcie niektórych okoliczności opisanych w wyjaśnieniach Odwołujący złożył „Wykaz najistotniejszych pozycji materiałowych dla zamówienia” obejmujący m. in:

1. tarcicę (cena jednostkowa 750 zł/m<sup>3</sup>, wartość kosztorysowa 7 772,04 zł, realna wartość 3 356,40 zł, zysk na materiale 4 415,64 zł),

2. geowłókninę (cena jednostkowa 2,35 zł/m<sup>2</sup>, wartość kosztorysowa 27 052,67 zł, realna wartość 13 352,42 zł, zysk na materiale 13 700,25 zł),
3. tłuczeń (cena jednostkowa 20 zł/t + koszt transportu, wartość kosztorysowa 103 455,56 zł, realna wartość 38 342,84 zł, zysk na materiale 65 112,72 zł),
4. pospółkę (cena jednostkowa 30 zł/m<sup>3</sup>, wartość kosztorysowa 58 235,40 zł, realna wartość 28 409,40 zł, zysk na materiale 29 826 zł).

Na potwierdzenie prawdziwości powyższego wykazu Odwołujący załączył oferty handlowe, przy czym wskazać należy, że większość z tych ofert Odwołujący uzyskał drogą e-mailową 13 października 2020 r., tj. w dniu przekazania wyjaśnień Zamawiającemu.

Do wyjaśnień załączona została kalkulacja własna obejmująca następujące pozycje:

1. Robocizna. Odwołujący wyliczył, że łączny koszt w ramach tej kategorii wyniesie 35 840 zł i wskazał, że koszt ten nie przekracza kosztu robocizny wykazanego w kosztorysie ofertowym.
2. Koszty eksploatacyjne. Odwołujący przedstawił wyliczenie, że którego wynikało 31 880 zł netto i wskazał, że "cena jest dużo niższa niż koszty wykazane w zestawieniu sprzętu w kosztorysie ofertowym".
3. Materiał. Odwołujący wyjaśnił, że wartość materiału wyliczona w oparciu o załączone do oferty kontrahentów Odwołującego jest niższa o 150 619,05 zł netto. Odwołujący oświadczył przy tym, że "różnicę kwoty uzyskaną na koszcie materiałów możemy przeznaczyć na nieprzewidywalne wydatki podczas wykonania zadania czy też skutki trwania pandemii.

Ponadto, zgodnie z treścią wezwania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu kosztorys ofertowy sporządzony w programie Zuzia.

9 listopada 2020 r. opublikował informację o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadniając podjętą decyzję Zamawiający wskazał:

„Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił i nie wykazał z czego dokładnie wynika tak duża rozbieżność wyceny dla wyspecyfikowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych (...). W ramach przedłożonego zał. nr 4 do wyjaśnień Wykonawca wykazał, że kupując materiały po wyspecyfikowanych cenach jednostkowych może dodatkowo mieć zysk na materiałach w wysokości 150.619,05 zł (którego nie ujął w ofercie) czyli teoretycznie jego cena ofertowa mogłaby być jeszcze niższa o tę kwotę.

Celem wyjaśnień składanych przez Wykonawcę nie miało być wykazanie, iż oferowana cena mogłaby być jeszcze niższa, a to udowadnia Wykonawca w ramach załącznika nr 4 przedkładając do niego oferty cenowe poszczególnych materiałów budowlanych (...) W ocenie Zamawiającego przedłożone wyliczenia są błędne i nie stanowią dowodu

w sprawie ponieważ po pierwsze nie służą obliczeniu oszczędności jaką ujął wykonawca w ofercie (...) po drugie wyliczenia teoretycznego, dodatkowego zysku są błędne (...).

Wykonawca informuje, że realizuje zadanie podobne do przedmiotu zamówienia w gminie Porąbka i posiada gotowe matryce i szablony, które może wykorzystać do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie określa jednak jakie dokładnie matryce i szablony posiada (np. ślady jelenia, dzika, rysia itp.) do realizacji przedmiotu zamówienia, jaki był ich koszt i o ile mógł w związku z powyższym pomniejszyć wartość oferty, gdyż nie będzie musiał ich wykonywać ponownie.

#### 4) Robocizna

W ramach przedłożonej do wyjaśnień kalkulacji własnej Wykonawca wylicza koszty robocizny które nie współgrają z kosztorysem ofertowym i przedłożonym do niego zestawieniem robocizny (...).

Wg kalkulacji własnej Wykonawca zakłada, że do realizacji zadania potrzebuje 7 pracowników którzy wykonają zadanie w zaledwie 20 dni roboczych, pracując po 8 godzin dziennie, zatem :

$7 \text{ pracowników} \times 20 \text{ dni} \times 8 \text{ godzin} = 1120 \text{ godzin} \times \text{stawka pracownika za godzinę brutto}$   
32 zł/godzinę brutto 35.840,00 zł

Wg kosztorysu ofertowego (zestawienie robocizny) mamy 1830,01 roboczo-godzin, a zatem o 710,01 godzin więcej do wykonania niż wg kalkulacji własnej, co przy przyjętej przez Wykonawcę stawce 32 zł/godzinę daje kwotę 58.560,32 zł.

Zatem Wykonawca zarobi dodatkowo 22.720,32 zł (...).

Wykonawca w ramach przedłożonych wyjaśnień wykazał jaki dodatkowy zysk może osiągnąć, jeśli zostaną spełnione określone warunki. Aby uznać wiarygodność wyliczeń przedłożonych w kosztorysie ofertowym wykonawca winien był wykazać oszczędności na takim poziomie, by przy ich dodaniu do ceny oferty brutto, cena oferty nie była niższa o 30% od wartości kosztorysu inwestorskiego brutto jak również od średniej cen brutto wszystkich złomnych ofert. W ramach przedłożonych wyjaśnień wykonawca niestety tego nie wykazał”.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania była prawidłowa i uzasadniona. Zamawiający jasno określił jakie elementy oferty Odwołującego budzą jego wątpliwości i wezwał Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień, ale również do złożenia dowodów na poparcie tych wyjaśnień. Tym samym, by wyjaśnienia Odwołującego mogły zostać uznane za prawidłowe, tj. uzasadniające przyjętą przez Odwołującego wycenę realizacji przedmiotu zamówienia winny być spójne. Wyjaśnienia wewnętrznie sprzecznie nie mogłyby zostać uznane przez

Zamawiającego za prawidłowe. Tymczasem w ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zawierały istotne wewnętrzne sprzeczności. Złożony przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami kosztorys ofertowy był zgodny pod względem cen częściowych wykazanych w formularzu ofertowym i mógłby zostać uznany za dokument wiarygodny. Odwołujący załączył jednak do wyjaśnień wspomnianą wyżej kalkulację własną, który to dokument, w ocenie Izby, podważył wiarygodność kosztorysu i uczynił go nieprzydatnym. Koszt robocizny według kalkulacji własnej Odwołującego to 35 840 zł. Odwołujący wskazał, że koszt ten nie przekracza kosztu robocizny wykazanego w kosztorysie ofertowym (32 940,19 zł netto). Odwołujący wykazał tym samym, że wartość robocizny w kosztorysie ofertowym nie może być traktowana przez Zamawiającego jako wiążąca. Skoro realna, wyjaśniona w kalkulacji własnej Odwołującego wartość robocizny była niższa niż wyliczona w kosztorysie ofertowym, to dane w kosztorysie ofertowym były nieprawdziwe i nie mogły stanowić podstawy do oceny realności ceny oferty.

Podobnie było w przypadku wyliczenia kosztów eksploatacyjnych w kalkulacji własnej Odwołującego. Skoro – jak zadeklarował w kalkulacji własnej Odwołujący – „cena jest dużo niższa niż koszty wykazane w zestawieniu sprzętu w kosztorysie ofertowym”, to odpowiednie dane w kosztorysie ofertowym nie były wiarygodne.

Ponadto Odwołujący nie poparł stosownymi dowodami istotnych dla oceny jego oferty okoliczności. W szczególności nie została wykazana prawdziwość twierdzenia, że przedmiotowe zamówienie jest bliźniaczo podobne do wybudowanych przez Odwołującego centrów edukacyjnych dla wsi Porąbka, Bujaków, Kobiernice oraz Czaniec. Odwołujący złożył wprawdzie wydruki zdjęć mających prezentować zrealizowane inwestycje, ale nie dowodziły one, że zakres tych inwestycji był „bliźniaczy” do przedmiotowego zadania. Odwołujący nie wykazał również, że faktycznie dysponuje matrycami, które będzie mógł wykorzystać na potrzebę realizacji zamówienia. Tym samym okoliczności, które mogły znacząco uwiarygodnić cenę oferty Odwołującego zostały nieudowodnione.

W konsekwencji Zamawiający musiał zastosować art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, że 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. Przepis ten nakazuje w taki sam sposób traktować ofertę zawierającą rażąco niską cenę i ofertę wykonawcy, który nie wykazał realności oferowanej za przedmiot zamówienia ceny.

Wbrew stanowisku Odwołującego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł wystąpić do Odwołującego z ponownym wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty. O ile możliwe jest ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia ceny, to nie może ono dotyczyć kwestii, do których wyjaśnienia wykonawca był już raz wezwany. Zamawiający w sposób

nie budzący wątpliwości wskazał elementy ceny oferty, które wyjaśnić miał Odwołujący. Jak zostało wskazane wyżej, Odwołujący obowiązkowi wynikającemu z treści wezwania oraz z dyspozycji art. 90 ust. 2 Pzp nie podołał. Na skutek tego obowiązkiem Zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp było odrzucenie oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała wszystkie zarzuty odwołania za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....