

Sygn. akt: KIO 3606/21

WYROK
z dnia 29 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BMSonic-Biotechnika s.c. M.K., B.J. z siedzibą w Łomiankach i KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gliwice

przy udziale

- A. wykonawcy DHI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3606/21 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy Retencjapl sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3606/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BMSonic-Biotechnika s.c. M.K., B.J. z siedzibą w Łomiankach i KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BMSonic-Biotechnika s.c. M.K., B.J. z siedzibą w Łomiankach i KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BMSonic-Biotechnika s.c. M.K., B.J. z siedzibą w Łomiankach i KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Miasta Gliwice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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: Miasto Gliwice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa inteligentnego systemu zarządzania siecią kanalizacji deszczowej”, znak postępowania: ZA.271.48.2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ogłoszenia: 2021/S 093-241622.

W dniu 3 grudnia 2021 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BMSonic-Biotechnika s.c. M.K., B.J. z siedzibą w Łomiankach i KartGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uzyskali informację od Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Retencjapl sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej Retencja lub Przystępujący.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 13 grudnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Ustawą:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Wykonawcy Retencja, pomimo, że nie podołał on obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów i, pomimo, iż zaoferował rażąco niską cenę w Postępowaniu,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja, która nie odpowiada warunkom zamówienia,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja, pomimo, iż, zachodziła wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy,

4. oraz w konsekwencji, art. 16 i 17 Ustawy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami Ustawy oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ponowienia czynności w zakresie badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo, wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający niesłusznie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja, pomimo, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem Odwołującego - wskazują na to przede wszystkim złożone przez Wykonawcę Retencja wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

W tym względzie zaznaczył, że wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy wymieniało konkretnie obiektywne czynniki, jakie miały być brane pod uwagę przy ocenie wyjaśnień i należały do nich w szczególności:

- 1) wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw;
- 2) oryginalność dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 3) zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 4) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto, podniósł, że Zamawiający wymagał od Wykonawcy Retencja wyjaśnienia realności zaoferowanej przez niego ceny i w tym celu „należy wykazać istnienie okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte przez siebie na etapie jej kalkulacji”.

Zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca Retencja złożył wyjaśnienia oraz dołączył do nich trzy dowody: zestawienia kosztów oraz dwie oferty poddostawców.

W odniesieniu do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 9.09.2021 r. podniósł, że analiza wyjaśnień prowadzi do wniosku, że są one bardzo lakoniczne, ogólnikowe i nie zawierają żadnych konkretnych informacji poza ogólną informacją o uśrednionej stawce za robociznę wynoszącej 500 — 600 zł (bez wskazania, czy jest to kwota netto, czy brutto) przyjętej do skalkulowania ceny.

Odwołujący zarzucił, że znaczną część wyjaśnień (1,5 z 4 stron) zajmuje argumentacja Wykonawcy Retencja dotycząca rozumienia pojęcia „rażąco niskiej ceny” w zamówieniach publicznych oraz próba kwestionowania zasadności wzywania Wykonawcy Retencja do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy. Wykonawca Retencja w tym zakresie wskazywał na rzekomo niskie, rynkowe różnice pomiędzy cenami (m.in. przywołując jako przykład ofertę Odwołującego, droższą o 29%) oraz fakt, iż wszystkie ceny były niższe od budżetu przyjętego przez Zamawiającego. Wykonawca Retencja upatrywał w tym brak podstaw do wezwania go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy, gdyż, jak zadeklarował, oferowana przez niego cena jest wiarygodna, realna i uwzględnia wszystkie koszty realizacji zamówienia wynikające z SWZ.

Według Odwołującego - przytoczona wyżej argumentacja Wykonawcy Retencja jest zupełnie nieprzydatna z punktu widzenia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Wskazał, że oferta Wykonawcy Retencja stanowiła raptem 49,7% budżetu Zamawiającego, a sam Zamawiający w wezwaniu na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy potwierdził wystąpienie przesłanek uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej, o której mowa w tym przepisie. Zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 1 Ustawy odstąpienie od obowiązku wezwania może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy rozbieżność cenowa wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, słusznie uznał, że w niniejszym przypadku nie zaszyły okoliczności, które uzasadniałyby wystąpienie takich różnic cenowych. Co więcej, przywoływany przez Wykonawcę Retencja fakt, iż wszystkie ceny były poniżej budżetu Zamawiającego nie uzasadnia takiego wniosku, że w postępowaniu wykonawcy konkurowali między sobą przede wszystkim ceną, gdyż kryterium doświadczenia Kierownika Projektu wszyscy wykonawcy spełniali w tym samym stopniu.

Wywodził, że jeżeli natomiast Wykonawca Retencja nie widział podstaw do wystosowania do niego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

mógł kwestionować czynność Zamawiającego, korzystając z przysługującego mu środka ochrony prawnej.

Ponieważ jednak tego nie uczynił, był on zobowiązany do udzielenia wyczerpujących wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, do którego takie wezwanie skierowano.

Według Odwołującego - złożone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i konkretne, potwierdzone dowodami, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, zobowiązany jest w sposób wyczerpujący odnieść się do katalogu okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 Ustawy oraz wykazać, że proponowana cena została prawidłowo skalkulowana.

Tymczasem analiza wyjaśnień Wykonawcy Retencja – w przekonaniu Odwołującego - dowodzi, że są one ogólne, pozbawione konkretnych danych oraz niewiarygodne.

Odwołujący również zarzucił Przystępującemu brak wyjaśnienia kosztów zatrudnienia, bowiem Wykonawca Retencja w złożonych wyjaśnieniach m.in. deklaruje w sposób ogólny, że w cenę oferty zostały w kalkulowane koszty pracy, których wartość jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. ustalonego na podstawie ustawy z dn. 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (s. 1 wyjaśnień).

Przekonywał, że powyższa deklaracja nie znajduje jednak pokrycia w bardziej rozbudowanych lub precyzyjnych wyjaśnieniach, ani tym bardziej w złożonych dowodach. Jedyna informacja dotycząca kosztów zatrudnienia to podana uśredniona stawka za roboczodzień wynosząca 500 — 600 zł (bez wskazania, czy jest to wartość netto, czy brutto, co wynika dopiero z zestawienia kosztów). Wykonawca Retencja podał jednak tę stawkę bez jej rozbicia na elementy, co uniemożliwia tak naprawdę dokonanie weryfikacji, co zostało, i w jakiej wysokości, wzięte pod uwagę przy jej ustaleniu. W szczególności nieznaną jest stosowana przez Wykonawcę Retencja stawka wynagrodzenia za pracę dla osób, wobec których Zamawiający przewidział obowiązek zatrudnienia na podstawie ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem 27 pkt 1 ppkt 1 SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę szerokiego kręgu osób, tj.: wykonujących w trakcie realizacji zamówienia prace związane z zarządzaniem projektem (Kierownik Projektu), organizacją spotkań branżowych, opracowaniem harmonogramu projektu i nadzorem nad jego wdrażaniem, koordynacją i zapewnieniem terminowości podejmowanych, w związku z realizacją projektu, czynności, kontrolą wykonywanych obowiązków przez podległych pracowników, opracowaniem i doprowadzeniem do zatwierdzenia przez Zamawiającego raportów rozliczających poszczególne etapy projektu.

Według Odwołującego - Wykonawca Retencja nie udzielił wyjaśnień w żądanym przez Zamawiającego zakresie, a fakt podania uśrednionej stawki za roboczość w żaden sposób nie zadośćuczynił wezwaniu, zwłaszcza, że Wykonawca nie podał informacji, jaką ilość pracowników zamierza zatrudnić do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Argumentował, że nie można pominąć faktu, że uśredniona stawka, oprócz kosztów pracowniczych, obejmuje (prawdopodobnie, gdyż nie można tego wywnioskować z ogólnych wyjaśnień Wykonawcy) również inne koszty: ogólne, pracy sprzętu itp. Na podstawie podanej informacji o uśrednionej stawce nie jest możliwe zweryfikowanie, czy rzeczywiście Wykonawca Retencja zatrudnia osoby zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w tym zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz z uwzględnieniem kosztów zabezpieczenia społecznego oraz podatków.

W związku z powyższym, Wykonawca Retencja nie wypełnił obowiązku wyczerpującego udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i już sam fakt niewyczerpującego wyjaśnienia kosztów pracowniczych implikuje konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja.

Odwołujący zarzucił również ogólnikowe wskazanie czynników mających wpłynąć na obniżenie ceny.

Wskazał, że wykonawca Retencja oprócz tego, że nie udzielił konkretnych wyjaśnień w zakresie kosztów pracowniczych, to równie ogólnikowo odniósł się do pozostałych czynników mających (jego zdaniem) wpływ na skalkulowanie ceny ofertowej na tak niskim poziomie.

Podkreślił, że Wykonawca Retencja jednak nie wskazał w jaki sposób wymienione przez niego w wyjaśnieniach okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny. Poza ogólnymi deklaracjami, w treści wyjaśnień nie zostały podane żadne konkretne wartości, choćby

procentowe wskaźniki osiągniętych oszczędności, które pozwalałyby na ustalenie, że rzeczywiście wskazane czynniki miały znaczenie przy kalkulowaniu ceny.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca Retencja upatruje oszczędności w czynnikach, które nie mogą być traktowane jako niestandardowe okoliczności, wyjątkowe tylko dla tego Wykonawcy.

W związku z tym Odwołujący wskazał, że przywołana przez Wykonawcę Retencja okoliczność posiadania doświadczenia, czy doświadczonej kadry, po pierwsze, nie ma większego znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę realistyczną i rynkową, a po drugie, nie jest również okolicznością wyjątkową, właściwą wyłącznie dla tego wykonawcy, pozwalającą mu na obniżenie ceny.

Zdaniem Odwołującego - aby można było uznać, iż doświadczenie Wykonawcy retencja i jego kadry stanowiło czynnik obniżający cenę ofertową, konieczne by było szczegółowe i konkretne wskazanie przez wykonawcę udzielającego wyjaśnień, w jaki sposób to doświadczenie wpłynęło na kalkulację oferty.

Natomiast Wykonawca Retencja nie wskazał w wyjaśnieniach, w jaki sposób jego doświadczenie oraz jego kadry miało wpływ na obniżenie ceny oferowanej za wykonanie zamówienia, ani tym bardziej nie zostały podane żadne konkretne dane cenotwórcze, potwierdzające prawidłowość przyjętego założenia.

Wywodził przy tym, że z pewnością nie był to również wyjątkowy dla tego wykonawcy czynnik, który mógłby mieć wpływ na obniżenie ceny, bowiem charakter postępowania wskazuje, że prace wykonywane w ramach zadań są pracami specjalistycznymi, które muszą być realizowane przez podmioty doświadczone, zatem każdy z wykonawców musiał posiadać w tym względzie doświadczenie w branży. Co więcej, zaznaczył, że jak zasygnalizowano już powyżej, w ramach kryterium jakościowego — doświadczenie Kierownika Projektu, każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu otrzymał maksimum 40 punktów.

Z tego powodu zakwestionował, aby to właśnie doświadczenie Wykonawcy Retencja lub doświadczenie jego kadry wpłynęło na obniżenie ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego - powołanie się na swoje doświadczenie w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny bez wskazania, jak ten czynnik wpływa na jej kalkulację, jest w istocie jedynie potwierdzeniem, że dany wykonawca posiada takie, a nie inne doświadczenie w branży, nie zaś, że był to czynnik wpływający na obniżenie ceny ofertowej.

Fakt posiadania przez Przystępującego gotowych rozwiązań (materiałów, dokumentów, map, oprogramowania itp.), bez konkretnego podania, w jaki sposób i w jakiej wysokości wykonawca osiągnął oszczędność, pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości skalkulowania ceny.

Stwierdził, że tak samo należy potraktować twierdzenia Wykonawcy Retencja o wystąpieniu wyjątkowych czynników w postaci posiadania dostępu do publicznych usług danych, co ma mu ułatwiać realizację zamówienia — jeżeli są one publicznie dostępne, to z samego założenia należy je wykluczyć jako okoliczność wyjątkową, mającą wpływ na obniżenie ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe, wyraził pogląd, że wyjaśnienia Wykonawcy Retencja są bardzo ogólne, pozbawione konkretnych informacji i nie wskazują na wystąpienie wyjątkowych okoliczności, które mogłyby pozwolić Wykonawcy na tak znaczne obniżenie ceny.

Jednocześnie, zarzucił, że Wykonawca Retencja nie odniósł się do treści wezwania Zamawiającego, nie udzielając wyczerpującej odpowiedzi, a tym samym nie dopełnił on ciążącego na nim obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, że fakt dołączenia przez Wykonawcę Retencja do złożonych wyjaśnień Zestawienia kosztów nie powoduje, iż można uznać wyjaśnienia za wyczerpujące w świetle art. 224 ust. 5 Ustawy, bowiem dołączone Zestawienie kosztów również budzi wątpliwości co do prawidłowości dokonania kalkulacji ceny ofertowej.

Zasygnalizował, że pierwszą wątpliwość budzi uśredniona stawka za roboczodzień wynosząca 500 — 600 zł (netto), a służąca do wyliczenia wartości poszczególnych etapów prac.

W związku z tym podniósł, że podanie uśrednionej stawki za roboczodzień, bez podania założeń, na podstawie których przyjął taką, a nie inną jej wartość, nie stanowi wypełnienia obowiązku wyczerpującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Według Odwołującego - Zamawiający de facto nie ma możliwości zweryfikowania, co w stawkę uśrednioną zostało wliczone — można się jedynie domyślać, że koszty

pracownicze, koszty pracy sprzętu oraz deklarowany w wyjaśnieniach przez Wykonawcę Retencja zysk i koszty zarządcze.

Zdaniem Odwołującego - brak jednak jest w wyjaśnieniach, czy Zestawieniu kosztów precyzyjnego wymienienia tych elementów oraz przypisania do nich odpowiednich wartości, składających się na wysokość stawki.

Z tego względu, w ocenie Odwołującego - przedłożone Zestawienie kosztów nie pozwala na zweryfikowanie prawidłowości obliczenia ceny - jest ono jedynie zbiorem kwot przypisanych do poszczególnych etapów prac, których suma składa się na cenę ofertową. Jak jednak zostały one wyliczone i na jakiej podstawie - tego w żaden sposób nie można wywnioskować z dołączonego dowodu.

W związku z powyższym, Odwołujący przyjął, że Zestawienie kosztów należy uznać za nieprzydatny dowód z punktu widzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego, wnioskował, że analiza Zestawienia kosztów wskazuje, że Wykonawca Retencja nie uwzględnił wszystkich wymaganych i wynikających z dokumentów zamówienia kosztów.

Wśród takich nieuwzględnionych kosztów w Zestawieniu wymienił m.in.:

- w poz. 4 (Kampania pomiarowa) - brak uwzględnienia kosztów wykonania projektów organizacji ruchu, zajęcia terenu i kierowania ruchem i/lub wprowadzenia tymczasowego oznakowania drogowego;

- brak uwzględnienia wymagań zawartych w pkt 3 OPZ, tj. kosztów związanych z integracją istniejących stacji hydrologicznych z nowym systemem (Etap 2b, s. 16 i n. OPZ);

- brak uwzględnienia kosztów związanych z realizacją wymagań określonych w odpowiedzi na pytanie do SWZ z dnia 21.06.2021 r., w której Zamawiający wskazał na konieczność poniesienia przez wykonawcę kosztów doprowadzenia zasilania z sieci elektroenergetycznej 230V;

- brak uwzględnienia kosztów związanych z realizacją wymagań określonych w odpowiedzi na pytanie nr 63 do SWZ z dnia 12.07.2021 r., w której Zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia transmisji danych z urządzeń pomiarowych (w tym również stacji hydrologicznych i deszczomierzy) po zakończeniu umowy z urządzeń stałych przez okres trwania gwarancji i rękojmi;

- brak uwzględnienia kosztów związanych z realizacją wymagań określonych w odpowiedzi na pytanie nr 83 do SWZ z dnia 14.07.2021 r., w której Zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia transmisji danych przez karty SIM przekazane przez Śląską Sieć Metropolitalną oraz poniesienia kosztów wybranego operatora;

- brak uwzględnienia kosztów związanych z realizacją wymagań określonych w odpowiedzi na pytanie nr 96 do SWZ z dnia 15.07.2021 r., w której Zamawiający wskazał na konieczność poniesienia przez wykonawcę kosztów włączenia się do Miejskiej Sieci Szerokopasmowej, a w przypadku braku korzystania z Miejskiej Sieci Szerokopasmowej — kosztów włączenia się do innej sieci.

Według Odwołującego - brak uwzględniania wszystkich wymaganych kosztów, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia świadczy natomiast o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący stanął również na stanowisku, że Zestawienie, oprócz tego, że prezentuje jedynie część kosztów, jakie wykonawca musi ponieść, budzi również inne wątpliwości:

- poz. 6 Zestawienia kosztów (Budowa modelu hydraulicznego i jego wdrożenie, analiza pracy przelewów oraz wpływu odbiornika na sieć - Etap 5a - Budowa i kalibracja modelu hydrodynamicznego sieci kanalizacji deszczowej) nie zgadza się z poz. 9. Formularza cenowego (Etap 5a — Budowa i kalibracja modelu hydrodynamicznego sieci kanalizacji deszczowej) pod kątem przyjętej wartości;

- poz. 16 Zestawienie kosztów (Rezerwa na nieprzewidziane wydatki) — przyjęta przez Wykonawcę Retencja rezerwa wynosząca 53 457,52 zł, stanowiąca zaledwie 1,60% ceny ofertowej netto wydaje się stanowczo zbyt niska, biorąc pod uwagę, że projektowane postanowienia umowy nie przewidują możliwości waloryzacji wynagrodzenia na podstawie klauzuli, o której mowa w art. 439 Ustawy, ani nie przewiduje żadnych innych zmian wynagrodzenia (z wyłączeniem przypadku tzw. „małej klauzuli waloryzacyjnej - § 10 ust. 2 pkt 4 projektowanych postanowień umowy oraz rezygnacji z realizacji części usługi - § 10 ust. 2 pkt 2 projektowanych postanowień umowy). Biorąc natomiast pod uwagę obecną sytuację gospodarczą, w szczególności, postępującą inflację, wykonawca winien z należytą starannością podejść do kalkulowania ceny oferty oraz uwzględnić wszystkie ryzyka, jakie mogą wpłynąć na prawidłową realizację zamówienia.

Odwołujący zauważył, że w zakresie inflacji wskaźnik CPI osiągnął swój najwyższy poziom na przełomie marca i kwietnia (z poziomu 3,2% wzrost do 4,3%) i jednocześnie od lipca 2021 r. następuje jego stały wzrost średnio o 0,5% miesięcznie (źródło: statystyki GUS dostępne pod adresem: <https://stat.gov.pl/wykres/l.html>). Niewątpliwie, postępująca inflacja, która jest faktem powszechnie znanym, wpływa na koszty ponoszone przez wykonawców, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w obliczeniu wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia;

- z Zestawienia kosztów dotyczącego Etap 2a wynika, że Wykonawca Retencja założył z góry pozytywną odpowiedź Zamawiającego w zakresie momentu możliwości montażu stałych urządzeń pomiarowych. Tymczasem z zapisów pkt 2 OPZ (s. 13) wynika, iż stałe urządzenia pomiarowe mogą być zamontowane od razu, pod warunkiem uzgodnienia tego rozwiązania na Etapie 1 („Dopuszcza się od razu montaż stałych urządzeń pomiarowych w przypadku pozytywnego uzgodnienia tego rozwiązania w Etapie 1”). Na etapie składania ofert wykonawca nie może założyć, jak przebiegną uzgodnienia z

Zamawiającym — jest to wiedza, której nie można posiadać na takim momencie postępowania.

Według Odwołującego - wątpliwy jest również dowód z oferty PM Ecology dołączony przez Wykonawcę Retencja do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, który w założeniu Wykonawcy Retencja, miał służyć potwierdzeniu wysokości skalkulowanych kosztów dotyczących dostarczanych stacji, ich instalacji i kalibracji oraz kosztów związanych z ich demontażem, instalacją i kalibracją w nowych lokalizacjach.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż dowód ten nie jest wiarygodny w świetle wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Retencja w dn. 4.10.2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie treści JEDZ.

We wskazanych wyjaśnieniach dotyczących kwestii korzystania z podwykonawcy, Wykonawca Retencja podniósł, iż oferta PMEcology „(...) wskazuje jedynie na wycenę określonych tam urządzeń i usług. Ta oferta była niezbędna Wykonawcy do skonstruowania ceny, którą wskazał w złożonej Zamawiającemu ofercie. Otrzymanie oferty PM Ecology nie oznacza automatycznie jej przyjęcia stąd zaznaczono w niej, że jest ograniczona czasowo. Czy Wykonawca tą ofertę przyjmie i w jakim zakresie będzie zależało od wyboru oferty Wykonawcy przez Zamawiającego i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego” (s. 1 wyjaśnień).

Dalej, zauważył, że Wykonawca Retencja podniósł, iż: „Ewentualne zlecenie montażu zależy od finalnych negocjacji z dostawcą urządzeń, oraz np. określenia czy w chwili montażu zasoby naszej firmy nie będą związane innymi zadaniami. Wtedy skorzystanie z usług PM Ecology będzie konieczne, ale na dzień składania oferty nie można było tego przewidzieć. Na dzień składania oferty Wykonawca nie planował korzystania z takich usług, a zaoszczędzone w ten sposób należności powiększyłyby zysk Wykonawcy na kontrakcie. Wyceny przedstawiane na etapie ofertowania służą kalkulacji ceny ofertowej i ocenie ryzyka. Ostateczne decyzje dotyczące poszczególnych zleceń i warunków dostaw podejmowane będą w chwili zamawiania dostaw”.(s. 1 wyjaśnień).

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca Retencja w wyjaśnieniach przyznał zatem wprost, że oferty PMEcology jeszcze nie przyjął i że ostateczne decyzje w zakresie korzystania z usług tego podmiotu pozostawia na etap realizacji konkretnej dostawy.

Tym samym, Wykonawca Retencja – według twierdzenia Odwołującego - potwierdził, iż dołączona oferta PMEcology jest pozbawiona jakiegokolwiek wartości dowodowej z punktu

widzenia badania rażąco niskiej ceny - przedstawione w niej bowiem deklaracje i wartości mogą się bowiem zdezaktualizować.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta PMEcology w zakresie dostawy urządzenia świadczy o tym, iż Wykonawca Retencja oferuje Zamawiającemu rozwiązanie niezgodne z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego - wyceniony przepływomierz nie jest przepływomierzem profilującym, a taki był wymagany zgodnie z pkt 2 OPZ (Etap 2a, s. 14 OPZ). Powołał się w tym względzie na kartę katalogową przepływomierza zaoferowanego przez Wykonawcę Retencja).

Przyznał, że Zamawiający co prawda dopuścił przepływomierze radarowe, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 69. Natomiast, zastrzegł, że w odpowiedzi na pytanie nr 89 pozostawił wymóg, aby urządzenie pomiarowe dawało dostęp do wszystkich surowych danych pomiarowych, które dają ocenę profilu prędkości (dane dotyczące jakości sygnału ultradźwiękowego i jego odbicia). Przepływomierz radarowy nie daje możliwości pomiaru profilu prędkości oraz nie jest urządzeniem ultradźwiękowym.

W związku z tym przekonywał, że przepływomierze profilujące (wymagane przez Zamawiającego) są urządzeniami daleko bardziej zaawansowanymi, a co za tym idzie, znacznie droższymi w zakupie i/lub najmie.

Ponadto, wyjaśnił, że wyceniony przepływomierz radarowy jest urządzeniem bezkontaktowym, niewrażliwym na zanieczyszczenie czujników przez ścieki. Taki przepływomierz instalowany jest raz i z ogromnym prawdopodobieństwem pozostaje bezobsługowy przez okres trwania Kampanii pomiarowej, czyli 6 miesięcy.

Z kolei przepływomierz ultradźwiękowy profilujący wymaga obsługi, a jej częstotliwość jest w znacznym stopniu losowa. Argumentował, że zanurzony w ściekach czujnik przestaje wykonywać pomiar w momencie oklejenia przez zawiesiny lub elementy stałe występujące w ściekach, a każdorazowe jego czyszczenie wymaga dojazdu, przeważnie zajęcia pasa drogowego, wprowadzenie tymczasowego oznakowania, zaangażowania pracownika do prac specjalistycznych w kanale ściekowym oraz osób do asekuracji. Wymóg zastosowania ultradźwiękowego przepływomierza ultradźwiękowego implikuje uwzględnienie w wycenie kampanii pomiarowej czynności eksploatacyjnych polegających na okresowym oraz zdarzeniowym czyszczeniu zanurzonych w ściekach

czujników. Czynności takie z kolei wymagają dalej idącego zaawansowania zasobów ludzkich, jak i poniesienia większych kosztów związanych z zajęciem pasa drogowego.

W ocenie Odwołującego - fakt posłużenia się przez Wykonawcę ofertą poddostawcy na przepływomierz radarowy, niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, świadczy o złożeniu oferty nieodpowiadającej warunkom zamówienia i jednocześnie tłumaczy tak niską cenę - z racji korzystania z mniej zaawansowanego sprzętu, Wykonawca Retencja ponosi mniejszy koszt zakupu i eksploatacji urządzenia. W szczególności znajduje to przełożenie na zastosowaną przez Wykonawcę Retencja stawkę za roboczodzień - w przypadku kampanii pomiarowej, czyli zadaniu polegającym na pomiarze przepływu w kanalizacji i ciekach oraz zbiornikach wodnych przez 6 miesięcy w 17 punktach, konieczne jest poniesienie niezbędnych kosztów pracowniczych oraz kosztów specjalistycznego sprzętu.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że wyjaśnienia Wykonawcy Retencja są ogólnikowe, niewiarygodne, pozbawione konkretnych danych, a ponadto wynika z nich, że Wykonawca Retencja nie uwzględnił wszystkich wymaganych kosztów oraz zamierza realizować zamówienie w sposób niezgodny z jego warunkami.

Podkreślił przy tym, że brak złożenia wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego powoduje, iż po pierwsze, zamawiający nie może wezwać takiego wykonawcy ponownie do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania pewnych kwestii, a po drugie, powoduje, iż taki wykonawca nie może powoływać się na nowe okoliczności i nowe dowody w ewentualnym postępowaniu odwoławczym.

Oдноśnie pierwszego stwierdzenia, zwrócił uwagę, że wezwanie wykonawcy ponownie do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności wpływających na obniżenie ceny oferty byłoby niewątpliwym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący przyznał, że w orzecznictwie uznaje się, że możliwe jest pewne doprecyzowanie niektórych wątpliwości, jeżeli takie występują po lekturze wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednak warunkiem takiego postępowania jest konieczność złożenia pierwotnie przez wykonawcę merytorycznych wyjaśnień, które zawierają konkretne informacje. Takie ponowne wezwanie służy bowiem wyjaśnieniu tylko nielicznych okoliczności, które budzą wątpliwości zamawiającego, nie zaś danie wykonawcy szansy na ponowne złożenie w całości wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

W sytuacji, jaka miała miejsce w tym postępowaniu, jeżeli Wykonawca Retencja złożył wyjaśnienia zupełnie nic nie wnoszące do sprawy, z nieprzydatnymi informacjami i nieadekwatnymi dowodami, które łatwo zakwestionować, nie ma żadnych podstaw do wzywania wykonawcy w zakresie wyjaśnienia wątpliwości. Oznaczałoby to bowiem, że Wykonawca Retencja musiałby złożyć w całości nowe wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny.

Zaznaczył, że Zamawiający w swoim wezwaniu precyzyjnie określił, które czynniki obniżające cenę będzie badać w złożonych wyjaśnieniach.

Odnosnie drugiej kwestii, czyli możliwości składania nowych dowodów i oświadczeń na etapie postępowania odwoławczego, wskazał, że Wykonawca Retencja ma w tym względzie ograniczoną możliwość. Podkreślił, że niniejsze odwołanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, a zatem Izba będzie oceniać poprawność czynności Zamawiającego w oparciu o stan faktyczny mający miejsce w danym postępowaniu, w chwili podejmowania czynności przez Zamawiającego.

Jeżeli zatem Wykonawca Retencja nie złożył w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyczerpujących wyjaśnień oraz dowodów mających potwierdzić prawidłowość skalkulowanej ceny, to nie może swojego zaniedbania naprawić poprzez złożenie nowych dowodów na etapie postępowania przed KIO, ponieważ takie dowody i oświadczenia nie będą przedmiotem zarzutu. W takiej sytuacji wszelkie nowe dowody lub twierdzenia muszą zostać uznane za spóźnione i pominięte przez Izbę.

Podsumowując, stwierdził, że wyjaśnienia Wykonawcy Retencja nie mogą być uznane za wyczerpujące, ani za udowodnione w świetle art. 224 ust. 5 Ustawy, ponieważ:

- Wykonawca Retencja w swoich wyjaśnieniach powołuje się wyłącznie na ogólne informacje, zaprezentowane bardzo lakonicznie, bez odwołania do konkretnych danych lub konkretnych elementów cenotwórczych, co właściwie uniemożliwia ich zweryfikowanie, jak również kwestionowanie, bądź ich dalsze wyjaśnienie,

- Wykonawca Retencja w swoich wyjaśnieniach powołuje się na okoliczności, które nie mają znaczenia dla obniżenia ceny, bądź są Zamawiającemu zupełnie nieprzydatne (np. powołanie się na swoje bogate doświadczenie w branży bez wskazania stopnia wpływu na kalkulację ceny bądź bliskość siedziby firmy do miejsca realizacji zamówienia),

- Wykonawca Retencja w swoich wyjaśnieniach powołuje się na okoliczności, które nie mają charakteru wyjątkowego wyłącznie dla tego wykonawcy (np. posiadanie wykwalifikowanej kadry),

- Wykonawca Retencja w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się do treści wezwania Zamawiającego, nie wyjaśnił i nie udowodnił bowiem np. istnienia okoliczności

umożliwiających obniżenie ceny oraz nie ujawnił założeń przyjętych na etapie kalkulacji ceny. W szczególności za niewyjaśnione i nieudowodnione należy uznać koszty pracownicze, w tym wymagane wprost przez Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz kosztów zabezpieczenia społecznego i podatków,

- Wykonawca Retencja dołączył do swoich wyjaśnień dowody, które budzą wątpliwości ze względu na brak wyczerpujących informacji oraz potwierdzają nieuwzględnienie wszystkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia (Zestawienie kosztów), albo są niewiarygodne i nie potwierdzają wprost jego tez (oferta PMEcology),

- Wykonawca Retencja dołączył do swoich wyjaśnień dowody, z których wynika, że oferuje on rozwiązanie niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w OPZ (wyceniony przepływomierz nie jest przepływomierzem ultradźwiękowym profilującym).

W odniesieniu do wcześniejszego udziału w dialogu technicznym Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec Wykonawcy Retencja aktualizuje się również przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy i w związku z powyższym, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy wykonawca podlega wykluczeniu, „jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 Ustawy, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nadto, zauważył, że przypadki, o których mowa w art. 85 ust. 1 Ustawy to doradztwo wykonawcy na rzecz Zamawiającego lub inny sposób zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Nie kwestionował okoliczności udziału Wykonawcy Retencja w dialogu technicznym dla zadania pn.: „Budowa inteligentnego systemu zarządzania siecią kanalizacji deszczowej”.

Przy czym, zaznaczył, Wykonawca Retencja w pierwotnie złożonym JEDZ, dołączonym do oferty, nie przyznał się do udziału w dialogu technicznym. Dopiero na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Retencja wskazał, iż rzeczywiście uczestniczył w takim dialogu.

Nie ulega również wątpliwości dla Odwołującego, że udział w dialogu technicznym należy rozumieć jako doradztwo lub inny rodzaj zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dialog techniczny, będący odpowiednikiem obecnych wstępnych konsultacji rynkowych, zgodnie z art. 31a ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2004 r. z założenia polega właśnie na specjalistycznym doradztwie Zamawiającemu w celu prawidłowego opracowania dokumentów zamówienia („Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy”).

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zachodziła sytuacja, o której mowa w art. 85 ust. 1 Ustawy. Tym samym, Zamawiający był zobowiązany do podjęcia odpowiednich środków zaradczych, w celu zagwarantowania, że udział Wykonawcy Retencja w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

Zauważył, że ustawodawca w art. 85 ust. 1 Ustawy wymienia możliwe środki zaradcze, tj. w szczególności przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania, oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert.

Wskazał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał podjęcia odpowiednich środków zaradczych, a świadczy o tym m.in. brak wskazania w dokumentach zamówienia, że postępowanie było poprzedzone przeprowadzeniem dialogu technicznego, czy też wyznaczenie 36 — dniowego terminu składania ofert (termin składania ofert był następnie wydłużany, ale nie w związku z przeprowadzeniem dialogu technicznego, a ze względu na wprowadzane zmiany do dokumentów zamówienia).

Podniósł, że sam Wykonawca Retencja potwierdził w wyjaśnieniach z dn. 9.09.2021 r. dotyczących treści JEDZ, że Zamawiający nie powziął odpowiednich środków zaradczych. (s. 2 wyjaśnień).

W ocenie Odwołującego - fakt, że Zamawiający nie podjął środków zaradczych w postępowaniu, pomimo zaangażowania Wykonawcy Retencja na etapie jego przygotowania, prowadzi do sytuacji zakłócenia konkurencji. Wykonawca Retencja znajdował się w

uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców - miał bowiem wiedzę na temat zakresu i przedmiotu przyszłego postępowania.

Zwrócił uwagę, że nie bez znaczenia pozostaje specjalistyczny i technologiczny charakter przedmiotowego zamówienia - niewątpliwie posiadanie wiedzy na temat oczekiwań Zamawiającego, pozwalało Wykonawcy Retencja na usprawnienie procesu przygotowania oferty.

W tym kontekście, wyznaczenie 36 - dniowego terminu na złożenie ofert stanowiło okoliczność świadcząca o zaburzeniu konkurencji w Postępowaniu.

O tym, że Zamawiający nie podjął odpowiednich środków zaradczych można wywnioskować również z jego odpowiedzi udzielonej Odwołującemu drogą mailową w dn. 10.12.2021 r.

Wskazał, że Odwołujący w dniu 9.12.2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji przeprowadzonego dialogu technicznego oraz o udzielenie odpowiedzi na pytanie: „jakie środki zaradcze w rozumieniu art. 85 ustawy - Prawo zamówień publicznych podjął Zamawiający w celu zagwarantowania, że udział wykonawców uczestniczących w dialogu nie zakłóci konkurencji w postępowaniu na "Budowę inteligentnego systemu zarządzania siecią kanalizacji deszczowej (znak postępowania: ZA.271.48.2020)?"

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż w wyniku przeprowadzonego dialogu technicznego nie narzucił żadnych rozwiązań wykonawcom, a podstawą realizacji zamówienia będzie przeprowadzona na pierwszym etapie, analiza przedwdrożeniowa.

Zdaniem Zamawiającego - w OPZ wskazano parametry techniczne oraz minimalne ilości urządzeń. Zamawiający wskazał na fakt przedłużenia terminu składania ofert oraz brak skorzystania z uprawnienia określonego w art. 130 ust. 3 Ustawy („Zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia”).

Zdaniem Odwołującego - wymienione powyżej środki nie są wystarczające, zwłaszcza, że jak sygnalizował Odwołujący, przedłużenie terminu składania ofert, o którym wspomina Zamawiający, następowało w związku z modyfikacjami SWZ, natomiast pierwotny

termin składania ofert wynosił zaledwie 36 dni (czyli był o jeden dzień dłuższy niż minimalny, ustawowy termin).

W opinii Odwołującego - zakres i charakter udziału Wykonawcy Retencja w dialogu technicznym uzasadniał podjęcie bardziej zaawansowanych środków zaradczych.

Z przekazanego protokołu z dialogu technicznego wynika, że jego celem było m.in. opracowanie założeń i specyfikacji planowanego zamówienia, przedstawienie wstępnej koncepcji systemu wraz ze wskazaniem szacunkowych kwot projektu, określenie szacunkowy terminów realizacji oraz etapów, czy przedstawienie oferty urządzeń wchodzących w skład systemu (s. 2 protokołu z przeprowadzonego dialogu technicznego nr ZA.271.11.2019).

W podsumowaniu protokołu, zauważył, że Zamawiający stwierdził, iż w drodze dialogu technicznego uzyskał „większość informacji niezbędnych do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia”.

Dalej, zaznaczył, że Zamawiający odnotował, że „Do wszystkich uczestników dialogu technicznego wysiano pocztą elektroniczną (...) dokumenty z pytaniami celem wstępnego oszacowania wartości zamówienia. Dokumenty te są załącznikiem do niniejszego protokołu” (s. 9 protokołu z dialogu technicznego).

Załącznikami do protokołu były natomiast m.in.: formularz cenowy do określenia szacunkowej wartości zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia, lista planowanych zlewni, zestawienie urządzeń czyszczących oraz ulotki dotyczące stacji monitorowania poziomu wody przekazane przez PM Ecology.

Z powyższych dokumentów Odwołujący wnioskował, że Wykonawca Retencja brał udział w doradztwie w zakresie ustalania szacunkowej wartości zamówienia w oparciu o przekazany opis przedmiotu zamówienia oraz formularz cenowy — co pozwoliło Wykonawcy Retencja na uzyskanie przewagi pozwalającej na „bardziej oszczędne” skalkulowanie ceny ofertowej,

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca Retencja z dużym wyprzedzeniem miał szansę zapoznać się z zakresem i charakterem zamówienia - przekazany opis przedmiotu zamówienia zawierał szereg informacji na temat np. charakterystyki kanalizacji deszczowej w Mieście Gliwice, w tym analizę opadów oraz miejsc podtopień, informacje na temat

planowanych etapów zamówienia, założeń dla oprogramowania, czy wstępnie określonych parametrów technicznych - o uzyskaniu przewagi przez Wykonawcę Retencja świadczyć może fakt zaoferowania urządzeń firmy OTT, które zostały wprost, za pomocą znaku towarowego wskazane w opisie przedmiotu zamówienia przekazany w drodze dialogu technicznego, czy zaoferowanie stacji monitorowania wody - Aqua Logger Flow firmy PMEcology, którego ulotka została dołączona do protokołu dialogu technicznego oraz rozesłana do uczestników tego dialogu w celu dokonania wyceny wartości zamówienia.

O uzyskaniu przewagi nad innymi wykonawcami może – w ocenie Odwołującego - świadczyć również m.in. fakt, iż Wykonawca (jak wynika z Zestawienia kosztów dotyczącego Etapu 2a) założył z góry pozytywną odpowiedź Zamawiającego w zakresie momentu możliwości montażu stałych urządzeń pomiarowych (co sygnalizował Odwołujący na s. 12 odwołania). Takiej wiedzy nie mógł mieć żaden z wykonawców na etapie składania ofert.

Jednocześnie, Odwołujący zastrzegł możliwość przywołania na późniejszym etapie postępowania odwoławczego innych okoliczności świadczących o zakłóceniu konkurencji w Postępowaniu w związku z udziałem Wykonawcy Retencja w dialogu technicznym.

Skoro wskutek udziału Wykonawcy Retencja w dialogu technicznym doszło do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu, powinien znaleźć zastosowanie art. 85 ust. 2 Ustawy.

Zauważył, że Wykonawca Retencja nie skorzystał z możliwości, o której mowa w tym przepisie, tj. udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający najpierw wezwał Wykonawcę Retencja do wyjaśnienia treści JEDZ w związku z jego negatywną odpowiedzią na pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” Następnie zaś wezwał do poprawienia dokumentu JEDZ w zakresie tej odpowiedzi.

Wykonawca Retencja w wyznaczonym terminie uzupełnił poprawiony JEDZ odpowiadając twierdząco na wskazane pytanie, ale w zakresie wskazania okoliczności związanych z tą przesłanką wykluczenia, ograniczył się do stwierdzenia: „Udział w dialogu technicznym dla zadania pn. Budowa inteligentnego systemu zarządzania siecią kanalizacji deszczowej w dniu 16.04.2019”.

Dalej, Odwołujący zauważył, że z kolei w wyjaśnieniach udzielonych w dnia 9.09.2021 r. Wykonawca Retencja w żaden sposób nie odniósł się do możliwego wystąpienia zakłócenia konkurencji w związku z jego udziałem w dialogu technicznym, a Wykonawca wręcz kwestionował zasadność potwierdzania występowania wobec niego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy, twierdząc, że między dialogiem technicznym a Postępowaniem nie występował żaden związek.

W ocenie Odwołującego - twierdzenie to nie było zasadne - fakt, że dialog techniczny został przeprowadzony w 2019 r. oraz według przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2004 r. pozostaje bez znaczenia.

Dla Odwołującego istotny jest związek funkcjonalny pomiędzy tymi dwiema procedurami, a zatem jeżeli Zamawiający korzystał z informacji pozyskanych w drodze dialogu technicznego przy sporządzaniu dokumentów zamówienia w tym postępowaniu, to jak najbardziej należało uznać, że uczestniczący w dialogu Wykonawca Retencja był zaangażowany w przygotowanie postępowania.

Ostatecznie zaś, fakt, że Wykonawca Retencja w wyjaśnieniach przyznał, iż Zamawiający nie zastosował odpowiednich środków zaradczych w celu zagwarantowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, świadczy o tym, że Wykonawca ten nie skorzystał z możliwości, jaką dawał mu art. 85 ust. 2 Ustawy.

Z tego powodu, Odwołujący wnioskował, że Wykonawca Retencja nie udowodnił, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji.

Z powyższych względów, Odwołujący uznał, że wobec Wykonawcy Retencja znajduje zastosowanie przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy i w związku z powyższym, jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, co następuje:

- Wykonawca Retencja brał udział w dialogu technicznym poprzedzającym Postępowanie,
- Zamawiający nie zastosował żadnych środków zaradczych, co potwierdził również Wykonawca Retencja,
- Wykonawca Retencja nie przyznał w pierwotnie złożonym JEDZ, iż znajduje wobec niego zastosowanie przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy - uczynił to dopiero na wezwanie Zamawiającego,

- Wykonawca Retencja posiadał wiedzę, która pozwoliła mu na „bardziej oszczędną kalkulację” swojej oferty oraz zaoferowanie urządzeń wprost wskazanych w toku dialogu technicznego,

- Wykonawca Retencja zaniechał wykazania, że jego wcześniejsze zaangażowanie w przygotowanie Postępowania nie zakłóciło konkurencji.

W ocenie Odwołującego - nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej - Zamawiający w takim przypadku tym bardziej jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy przeprowadzeniu procedury wyboru wykonawcy.

Pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca wykonawcy Retencjapl sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 2 września 2021 r. wzywającego do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 września 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z dowodami, w tym z zestawieniem kosztów, wystąpienia Zamawiającego z dnia 6 września 2021 r. wzywającego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 września 2021 r. wyjaśniającego udział Przystępującego w dialogu technicznym, przystąpienia z dnia 17 grudnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp, art.17 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art.224 ust.6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, art.226 ust.1 pkt 2 lit. a w związku art.108 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną i niespełniającej warunków zamówienia, a także czy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przedmiotowego przetargu z powodu zakłócenia konkurencji wynikającego z zaangażowania wykonawcy we wcześniej prowadzony przez Zamawiającego dialog techniczny.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że oferta Przystępującego została złożona na kwotę 4 168 356,25 zł brutto, zaś oferta Odwołującego na kwotę 5 887 149,00 brutto.

Jednocześnie wykonawca Zapsoft sp. z o.o. złożył ofertę na kwotę 6 380 879,61 zł brutto, podczas gdy wykonawca DHI Polska sp. z o.o. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 6 801 617,00 zł brutto.

Przy czym wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 8 389 000,00 zł brutto.

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający na podstawie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie z ust.2 powołanego wyżej przepisu wynika, że 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając żądane wyjaśnienia, załącznik nr 2 zestawienie kosztów oraz inne dowody.

Izba stwierdziła, że pismem z dnia 2 września 2021r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny z tego powodu, że zaoferowana cena całkowita za wykonanie przedmiotu zamówienia określona w ofercie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania tj.: 8 389 000,00 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający zażądał od Przystępującego wyjaśnienia realności zaoferowanej przez niego ceny i wykazania istnienia okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte przez siebie na etapie jej kalkulacji.

Zamawiający powiadomił wykonawcę, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki dotyczące wyliczenia ceny, w szczególności:

- 1) wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw;
- 2) oryginalność dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 3) zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 4) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub

przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego Wykonawca, pismem z dnia 9 września 2021 r. wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy zawartym w SIWZ.

Wykonawca oświadczył, iż kalkulując cenę oferty przeanalizował szczegółowo, na podstawie własnego doświadczenia, zakres czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, przy uwzględnieniu zapisów wzoru umowy oraz wszelkich pozostałych wymagań SIWZ i związanych z tym kosztów.

Jednocześnie oświadczył, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena uwzględnia udzielenie wymaganej przez Zamawiającego gwarancji, a całość przedmiotu zamówienia zostanie zrealizowana zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami, warunkami technicznymi oraz wytycznymi SIWZ.

Ponadto oświadczył, że w cenę zostały w kalkulowane koszty pracy, których wartość jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r., ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz.2207).

Dodatkowo wyjaśnił, że zaoferowana przez nas cena uwzględnia wszelkie stosowane przez nas zniżki, upusty, rabaty itp.

Wskazał, że udzielając niniejszych wyjaśnień zasadnym jest wskazanie, iż pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w przepisach dyrektyw unijnych. W związku z tym istotną rolę w powyższym zakresie odgrywa stanowisko orzecznictwa i doktryny, gdzie wskazuje się, że pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie jest tylko pojęciem subiektywnym lecz także relatywnym.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07 - o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę

byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Natomiast stwierdził, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku zaoferowanej przez niego ceny, która pomimo tego, że jest relatywnie niższa w porównaniu do ceny oferty drugiego wykonawcy, to brak jest podstaw by twierdzić, iż nie gwarantuje ona należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że szczególnie istotne w tym kontekście jest spostrzeżenie, iż oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego są składane w warunkach konkurencji, która jest istotą postępowania przetargowego, a zatem duże rozbieżności w cenach nie są niczym nadzwyczajnym, szczególnie, gdy przedmiot przetargu zawiera bardzo różne elementy: dostawy, programowanie i dostarczenie oprogramowania w usłudze SaaS (Software as a Service), dostawę sprzętu i urządzeń, pomiary, a wreszcie przygotowanie modelu hydraulicznego sieci kanalizacji deszczowej. O poziomie skomplikowania świadczy liczba zadanych pytań. Szereg zagadnień zostało doprecyzowanych na etapie wyjaśnień i odpowiedzi na pytania, co pozwoliło także zoptymalizować podejście do oferty. Specjalizując się ściśle w wodach opadowych nasza firma jest właśnie szczególnie przygotowana do realizacji tego typu zamówień.

Zauważył, że oferta Wykonawcy jest o 29% niższa od oferty Odwołującego i jego zdaniem jest to normalna różnica rynkowa dla tego typu projektów usługowych, szczególnie, że ze względu na warunki zarządzania projektem wymagające zwiększonej koordynacji, oferty Konsorcjów są na ogół wyższe niż te złożone przez pojedyncze firmy, jak ma to miejsce w naszym przypadku.

Dodał, że oferty wszystkich oferentów są znacznie niższe od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, a ich rozrzut jest spory. Wskazuje to, że Wykonawcy bardzo różnie oceniali zarówno ryzyko jak i możliwości realizacji tak złożonego zamówienia. Operując na rynku od dłuższego czasu stwierdził także, że część z oferentów dopiero rozpoczyna tak szerokie działanie w obszarze wód opadowych, a raczej specjalizuje się w sieciach wodociągowych. Nie jest więc zaskoczeniem, że ich ceny są wyższe.

Oświadczył, że jako polska firma, nie jest także w żaden sposób zależny od warunków nakładanych przez zagraniczne centrale firmy, co także jest istotne dla możliwości konkurencyjnego podejścia do przetargów.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest wiarygodna, realna i rynkowa, a także uwzględnia rzeczywiste koszty wykonania przedmiotu zamówienia, została sporządzona profesjonalnie i z należytą starannością.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego przedstawił szczegółowe wyliczenia kosztów jego oferty w Załączniku nr 1.

Dodatkowo wyjaśnił, że przyjęte przez niego kalkulacje zostały oparte m.in. o poniższe okoliczności:

1) Wykonawca posiada doświadczoną, przeszkoloną i skuteczną kadrę, specjalizującą się właśnie w zagadnieniach związanych z gospodarką wodną, co gwarantuje optymalnie niskie koszty oraz sprawną i terminową realizację prac. Potwierdzają to referencje dla podobnych zrealizowanych skutecznie i terminowo projektów. Rocznie realizujemy od 30 do nawet 50 projektów w wodach opadowych.

2) Trzon jego kadry, działającej i zatrudnionej na stałe w biurze w Krakowie (co ma duże znaczenie dla sprawności działania w realizacji projektu w nieodległych Gliwicach) stanowią osoby z kilkunastoletnim doświadczeniem zawodowym, inżynierowie i specjaliści w GIS. Z kolei w Gliwicach jego nasz ekspert zajmujący się urządzeniami pomiarowymi i hydrometeorologicznymi, co istotnie usprawni mu instalowanie i nadzór nad pomiarami. Pozwala to także na ograniczenie kosztów delegacji związanych ze spotkaniami i zapoznaniem z terenem.

3) Zespół ten w ramach codziennej pracy realizował podobne zamówienia zarówno co do skali jak i stopnia złożoności. Jest to główny element kosztotwórczy, gdyż dostępne jest do wykorzystania cały szereg dokumentów i podkładów mapowych, z których spora część dostępna jest w postaci publicznych usług danych przestrzennych WMS, a także dane LIDAR roku i ortofotomapy. Kosz zakupu mapy zasadniczej został przez niego przewidziany, z uwzględnieniem zakresu obszaru skanalizowanego.

4) Stwierdził, że w bardzo małym stopniu korzysta z zewnętrznych ekspertów w celu realizacji zamówień, co przy uwzględnieniu powtarzalności czynności, pozwala na stosowanie niskich cen.

5) Zatrudnia własny zespół programistów, który opracował oprogramowanie GISHub i Rainbrain oferowane przez nas na rynku, służące do zarządzania eksploatacją systemów deszczowych, prowadzenia rozliczeń opłat oraz do zbierania i analiz pomiarów. Oprogramowanie w naszym przypadku może zostać przy stosunkowo niewielkich przeróbkach dostosowane do warunków oczekiwanych przez Zamawiającego w Gliwicach, co ogromnie ogranicza nakład roboczogodzin o wysokich stawkach płaconych w branży IT. Sprzedaż oprogramowania realizowana jest na zasadach licencyjnych, a spłata jego przygotowania rozkłada się w tym przypadku na dłuższy okres i wielu klientów.

6) Jest przedstawicielem firmy OTT, który to sprzęt został przez niego zaoferowany, z uwzględnieniem znacznych rabatów, uzyskanych od producenta.

7) Znaczna część prac zostanie wykonana przy pomocy wypracowanych już przy okazji realizacji podobnych zleceń narzędzi GIS, co pozwala na wykonywanie zadań w sposób zautomatyzowany, jedynie pod kontrolą eksperta. Skraca to istotnie czas wykonania tego typu zamówień, odnoszących się do znacznych powierzchni. Czas trwania zależy wyraźnie od wykorzystanych narzędzi i technik. Przy tym podejściu nasza cena została określona w oparciu o stosowane w jego firmie stawki uśrednione zawierające zysk i koszty zarządcze, a mieszczące się w przedziale 500 do 600 PLN za roboczodzień i liczbę roboczodni.

Podkreślił także, że Wykonawca mógł uwzględnić w przedmiotowej ofercie jedynie te składowe zakresy prac, które zostały sprecyzowane w opisie przedmiotu zamówienia, a nie mógł uwzględnić tych, które wyszczególnione nie zostały. Stwierdził, że jego kalkulacja odnosi się do zakresu prac określonego w opisie przedmiotu zamówienia i Wykonawca nie może odpowiadać za braki w tym opisie.

W związku z powyższym Wykonawca przekazał w załączeniu do niniejszego pisma zestawienie kosztów, w tym związane z zatrudnieniem personelu, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia (Załącznik nr 1).

Podsumowując Wykonawca wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena za wykonanie przedmiotowego zamówienia jest realna, uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego oraz wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, obejmującego wszelkie prace i czynności wynikające ze wzoru umowy i dokumentów załączonych do SIWZ, a zatem nie jest rażąco niska.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że wezwanie Zamawiającego z dnia 2 września 2021 r. było dość ogólne i stanowiło jedynie powielenie treści art.224 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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;

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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Powyższa okoliczność została przyznana przez samego Zamawiającego.

Z powyższych względów, Izba uznała, że powyższy stan rzeczy nie mógł stanowić okoliczności obciążającej Przystępującego, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, a zwłaszcza szczegółowe zestawienie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia były wystarczające do obalenia domniemania zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny.

Przy czym stosownie do art.226 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, co nie oznacza, że Odwołujący jest zwolniony z udowodnienia, że zadeklarowane przez Przystępującego wartości wyszczególnione w zestawieniu kosztów są nierealne.

Izba uznała, że metodyka założeń kosztowych i ich wycieńczeń opartych o iloczyn liczby roboczodni oraz uśrednionej stawki dziennej z uwzględnieniem zysku i zarządzania, tzw. prac własnych dawał Zamawiającemu dostateczny obraz ukształtowanych przez Przystępującego kosztów ceny oferty.

To samo dotyczy podanych przez Przystępującego szczegółowych kosztów zakupów zewnętrznych z uwzględnieniem marży lub prac zleconych i innych kosztów w przeliczeniu na liczbę roboczodni.

Izba stwierdziła również, że podane w zestawieniu kosztów kwoty były w PLN netto – bez VAT, wbrew twierdzeniu Odwołującego.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego oraz załączonej szczegółowej kalkulacji, Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby – rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

Odwołujący poza twierdzeniami, że ma wątpliwości, co do poszczególnych cen jednostkowych nie przedstawił jakiegokolwiek przeciwdowodu wykazującego, że założenia kalkulacyjne Przystępującego dotyczące poszczególnych pozycji wartościowych spornego zestawienia kosztów były wadliwe i nie gwarantują prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Potwierdzeniem powyższego przekonania Izby jest odpowiedź pełnomocnika Odwołującego udzielona na rozprawie na pytanie Izby czy cena z pozycji 7 (urządzenia hydrometo wraz gwarancją i kosztem instalowania oraz projektami technicznymi z podaną przez Przystępującego ceną 768 000 zł) jest ceną realną wyjaśnił, że jest ceną atrakcyjną, ale nie jest chyba możliwa do uzyskania.

Takie stwierdzenie można było potraktować jako przyznanie realności zaproponowanej przez Przystępującego istotnej części składowej ceny w warunkach braku wiedzy Odwołującego o relacjach handlowych w zakresie cenowym z podmiotem trzecim – OTT Hydromet GmbH, którego przedstawicielem biznesowym jest właśnie Przystępujący, a ta okoliczność stanowi obiektywny czynnik wpływający na obniżenie ceny.

Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że Odwołujący nie udowodnił, że zadedykowane przez Przystępującego liczby roboczodni oraz przyporządkowana do nich stawka dzienna na poziomie 600 zł netto jest kwotą rażąco zaniżoną i nie jest ona zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy albo jest ona poniżej minimalnej stawki godzinowej.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w swoim wezwaniu przede wszystkim oczekiwał od wykonawcy kalkulacji własnej, a nie przewidział w tej mierze określonego wzorca szacowania kosztów realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby - wskazanie przez Odwołującego jakie koszty powinny być uwzględnione w ich zestawieniu może być podyktowane jedynie sposobem szacowania kosztów u samego Odwołującego.

Gdy przyjąć, że wszyscy wykonawcy powinni przyjąć jednakowe założenia kalkulacyjne, to należałoby oczekiwać, że Zamawiający otrzyma wszystkie oferty z taką samą ceną. Izba nie może podzielić takiego poglądu prezentowanego przez Odwołującego, gdzie sposób kalkulowania ceny przez innego wykonawcę musi być tożsamy z tym jaki jest nakreślony przez innego wykonawcę.

Według zapatrywania Izby - Odwołujący również skutecznie nie podważył kosztów zarówno wynikających z rzeczowych nakładów zamówienia związanych z zakupami sprzętowymi, jak i kwot innych kosztów, jak chociażby szkolenia i spotkania, paliwo, transport, noclegi i delegacje, rezerwy na nieprzewidziane wydatki, a także zabezpieczenia.

Idąc dalej, Izba przyjęła za dowód w sprawie ofertę PM Ecology sp. z o.o. z dnia 17 sierpnia 2021 r. przedstawioną przez Przystępującego w zakresie kosztów stacji monitorowania objętościowego natężenia przepływu AQUA LOGGER MODBUS.

Jednocześnie, w ocenie Izby w tym zakresie nie ma znaczenia dla oceny rażąco niskiej ceny założenie ewentualne i wstępne Przystępującego, że usługa mogłaby być świadczona przez PM Ecology sp. z o.o.

Przy czym wymaga podkreślenia, że jako dowód w sprawie Przystępujący w piśmie z dnia 4 października 2021 r. wyjaśnił, że przyjął do wykazania rażąco niskiej ceny jedynie wartości odnoszące się zakupu sprzętowego stacji, karty SIM, nielimitowanego transferu i dostępu do sytemu, których to realności wartości Odwołujący nie podważał. Wyłączył z tej oferty usługę, którą będzie świadczył osobiście.

Izba uznała za obiektywny czynnik wpływający na ostateczny kształt ceny okoliczność posiadania przez Przystępującego własnego oprogramowania GIS-Hub i Rainbrain, która to okoliczność nie została zakwestionowana przez Odwołującego.

Ostatecznie, Izba postanowiła oddalić wszelkie dowody złożone w języku angielskim bez tłumaczenia na zasadzie art. 506 ustawy Pzp.

Reasumując, w takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską

ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Rozpoznając kolejny zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego urządzenia niezgodnego z warunkami zamówienia, Izba stwierdziła, że nie został on potwierdzony z powodu nieprzeprowadzenia przez Odwołującego jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że zaoferowany przez Przystępującego przepływomierz nie spełnia warunków zamówienia.

Według Izby – załączona do odwołania przez Odwołującego karta katalogowa nie stanowi takiego dowodu, tym bardziej, że okoliczność zaoferowania przez Przystępującego przepływomierza radarowego jest bezsporna.

Natomiast, sam Odwołujący na stronie 14 swojego odwołania przyznał, że Zamawiający dopuścił przepływomierze radarowe, podczas gdy zgodnie z pkt 2 dla Etapu 2 – dostawa i montaż urządzeń pomiarowych na kanalizacji deszczowej wraz z oprogramowaniem załącznika nr 7 do SWZ postanowiono, że zamawiający dopuszcza również zainstalowanie przepływomierzy radarowych.

Powyższe postanowienie SWZ – zdaniem Izby – wskazuje w sposób jednoznaczny, że zaoferowanie takiego urządzenia przez wykonawców pozostaje w granicach powyższego opisu przedmiotu zamówienia.

Z tych względów zarzut naruszenia art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia należało uznać za bezzasadny.

Odnosnie do kolejnego zarzutu Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie udowodnił zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem przepis art. 108 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp nie miał zastosowania w rozpoznawanej sprawie.

Stosownie do brzmienia powyższego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast zgodnie z art.85 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Jednocześnie w myśl art.85 ust.2 ustawy Pzp wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Izba ustaliła, że Przystępujący w dniu 16 kwietnia 2019 r. był uczestnikiem prowadzonego przez Zamawiającego dialogu technicznego dla zadania pn. „Budowa inteligentnego zarządzania siecią kanalizacji deszczowej”, co potwierdzają wezwanie Zamawiającego z dnia 6 września 2021 r. i odpowiedź Przystępującego z dnia 9 września 2021 r.

Jednocześnie dokumenty zamówienia nie zawierają wzmianki o podjęciu przez Zamawiającego odpowiednich środków zaradczych w trybie art.85 ust.1 ustawy Pzp dotyczących wyjaśnienia powyższego zaangażowania Przystępującego, które mogłoby zakłócić konkurencję w tym przetargu.

Należy wskazać, że Zamawiający w swoim odwołaniu nie sformułował zarzutu naruszenia art. 85 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia odpowiednich środków zaradczych, a także nie zażądał w tym zakresie zobowiązania Zamawiającego do przeprowadzenia tych czynności.

Zakres zaskarżenia obejmował jedynie naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Retencja, pomimo, iż, zachodziła wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołanie w zakresie powyższego zarzutu nie mogło zostać uwzględnione z dwóch przyczyn.

Po pierwsze, zgodnie z art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po drugie, zastosowanie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest prawnie dopuszczalne jedynie po wyczerpaniu procedury, o której mowa w art.85 ust.2 zd.2 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający przed wykluczeniem jest zobowiązany zapewnić wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W rozpoznawanej sprawie takie postępowanie nie zostało przez Zamawiającego wszczęte, a zatem nie mogło dojść do wykluczenia Przystępującego z przetargu.

Z tych przyczyn Izba nie znalazła dostatecznych podstaw prawnych do skorzystania z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

Przewodniczący:.....