

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. B., M. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Zakład Usług Sprzętowo - Transportowych z siedzibą w Wieluniu;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Czarnożyły;**

przy udziale wykonawcy: **K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacji Sanitarnej POLAN K. P. z siedzibą w Praszce,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. B., M. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Zakład Usług Sprzętowo - Transportowych z siedzibą w Wieluniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. B., M. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Zakład Usług Sprzętowo - Transportowych z siedzibą w Wieluniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z tego powodu, że pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie podali oni obowiązkowi wykazania, że cena za

wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Czarnożyły (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami i przepompowniami ścieków w miejscowości Gromadzice i Stawek - etap III”; znak sprawy: ZFK.271.3.2021 (zwane dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00010318/01 w dniu 24 lutego 2021 r.

W dniu 16 kwietnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez **K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacji Sanitarnej POLAN K. P. z siedzibą w Praszce** (dalej jako „POLAN” lub „przystępujący”).

W dniu 21 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **A. B., M. B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Zakład Usług Sprzętowo - Transportowych z siedzibą w Wieluniu** (dalej „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLAN co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania i wypaczyło wynik postępowania;
2. art. 224 ust. 3 - 6 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez POLAN i uznanie, że oferta POLAN nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji także, że POLAN wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty POLAN;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7, pkt 8 i pkt 10, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLAN, pomimo iż cena jego oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i

zawiera

błędy

w obliczeniu ceny i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez POLAN, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym w szczególności ponowną ocenę wyjaśnień POLAN dotyczących ceny oferty; odrzucenia oferty złożonej przez POLAN; dokonania wyboru oferty odwołującego oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający 22 kwietnia 2021 r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił 23 kwietnia 2021 r. wykonawca: **K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Instalacji Sanitarnej POLAN K. P. z siedzibą w Praszce.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 23 czerwca 2021 r.), wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w

postępowaniu. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty POLAN pomimo, że ta winna zostać odrzucona. Gdyby zatem zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący uzyskałby zamówienie, wykonałby je i osiągnął zysk ekonomiczny z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego w dniu 10 sierpnia 2020 r. na potrzeby postępowania prowadzonego w przedmiocie budowy kanalizacji sanitarnej w Gminie Biała (znak sprawy GO.271.2.3.202), co do pomocniczego charakteru przedmiaru, nie w pełni rzeczywistych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia oznaczonych przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim, braku uwzględnienia w wartości szacunkowej zamówienia czynników znacznie wpływających na cenę w ofertach składanych przez wykonawców; opinii sporządzonej przez Pana mgr. inż. R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Projektowych i Nadzorów R. P., pełniącego funkcję inspektora nadzoru nad ww. zadaniem co do faktu braku podstaw do stwierdzenia, że cena uwzględniona w ofercie złożonej przez POLAN jest rażąco niska, przedstawienia w ofercie ceny umożliwiającej wykonanie niniejszego zamówienia w sposób rzetelny, zgodny ze sztuką budowlaną oraz obowiązującymi przepisami. W zakresie pierwszego z dokumentów Izba uznała, że bez znaczenia dla oceny przedmiotowych zarzutów są wyjaśnienia i dokumenty składane przez odwołującego w innym postępowaniu zwłaszcza, że zamawiający nie przedłożył pełnych wyjaśnień składanych w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Biała, gdyż te zostały objęte częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa. Z kolei opinia sporządzona przez Pana R. P. nie odnosi się do tych okoliczności, które podnosił odwołujący w treści złożonego odwołania, nie jest bowiem oceną złożonych wyjaśnień, ani też nie odnosi się do kluczowych elementów składających się na to zamówienie, które zdaniem POLAN pozwalały na znaczące obniżenie ceny w tym postępowaniu. Z powyższych powodów dokumenty te należało uznać za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba oddaliła również wnioski dowodowe przystępującego, który na rozprawie przedstawiał dokumenty, mające potwierdzać rynkowy charakter zaproponowanej przez niego ceny, potwierdzające okoliczności przedstawione przez niego w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w toku postępowania. Przypomnieć należy, że zgodnie z wciąż aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wydanym na gruncie przepisów poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie ma możliwości składania dodatkowych wyjaśnień i dowodów dopiero na rozprawie. W ramach postępowania odwoławczego ocenie Izby podlegają wyłącznie czynności zamawiającego, podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje i dowody, przedstawione

przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego a to celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty, nie zaś jak to czynił przystępujący, prezentowane dopiero w toku postępowania odwoławczego. Reprezentatywne dla tego stanowiska jest orzeczenie Izby z 3 grudnia 2019 r. o sygn. akt KIO 2332/19, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie w pełni podziela.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało w całości na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że zamawiający, zgodnie z informacją zawartą w Rozdziale 4 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) opisał, że przedmiotem zamówienia jest budowa sieci kanalizacji sanitarnej z przyłączami i przepompowniami ścieków w miejscowości Gromadzice i Stawek, w tym w szczególności: roboty przygotowawcze, roboty ziemne

- wykopy, odwodnienie wykopów, montaż rurociągów sieci kanalizacji sanitarnej o długości 2 878,00 m (wykonanie podsypki i obsypki, ułożenie i łączenie rur), montaż rurociągów sieci kanalizacji tłocznej o długości 1 727,50 m (wykonanie podsypki i obsypki, ułożenie i łączenie rur), montaż uzbrojenia sieci kanalizacji sanitarnej (studzienek kanalizacyjnych), przewiertki sterowane, budowa przepompowni ścieków, odtworzenie rozebranych nawierzchni bitumicznych, wykonanie przyłączy, próby szczelności, kolizje z obiektami terenowymi. Do zadań wykonawcy należało będzie również: wykonanie dokumentacji powykonawczej, obsługa geodezyjna oraz przeprowadzenie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, przeprowadzenie prób eksploatacyjnych, prób szczelności, próbnej eksploatacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i zapisami STWiORB.

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 16 SWZ, zamawiający przewidział, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe, które będzie płatne zgodnie z projektem umowy. W Formularzu oferty wykonawcy zobowiązani byli wskazać cenę ofertową netto i brutto, za cały zakres zamówienia opisany w SWZ. Z kolei kryteria oceny ofert zamawiający opisał w Rozdziale 17 SWZ przewidując, że ocena dokonywana będzie w oparciu o trzy następujące kryteria: (i) cena o wadze 60%; długość okresu gwarancji jakości o wadze 30%; (iii) doświadczenie kierownika budowy o wadze 10%.

Ustalono również, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 2.698.643,23 zł. Wartość ta została ustalona, co wynika z informacji zawartej w protokole postępowania (pkt 3) w dniu 15 września 2020 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Ponadto ustalono, na podstawie akt niniejszej sprawy, że w terminie wyznaczonym na złożenie ofert, czyli do 17 marca 2021 r. wpłynęło 9 ofert. Zamawiający odrzucił 6 ofert. Z kolei spośród 3 ofert, które nie podlegały odrzuceniu, oferta z najniższą ceną została złożona przez POLAN. Wykonawca ten zaproponował za realizację zamówienia kwotę 1 696 791,90 zł. brutto.

W związku z powyższym zamawiający w dniu 24 marca 2021 r. wezwał przystępującego, powołując się na przepis art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyliczył, że cena oferty POLAN jest niższa o: 48,88% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. od kwoty 3.319.331,17 zł.) oraz 37,09% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp (tj. od kwoty 2.697.201,04 zł). W piśmie zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zaznaczył przy tym, że oczekuje przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów jakie poniósłby wykonawca należycie wykonując przedmiot umowy, z uwzględnieniem wszystkich obowiązków wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, w załączeniu do wezwania, przekazał kosztorys inwestorski przedstawiający sposób ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego.

POLAN, pismem z 29 marca 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie przedstawił swoje wyjaśnienia. Zamawiający uznał złożoną odpowiedź za wystarczającą i w konsekwencji dokonał wyboru oferty złożonej przez przystępującego, jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który został przez zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z kolei w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ponadto, z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy składającym taką ofertę, jeśli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Z treści przywołanych regulacji wynika zatem, że to wykonawca wezwany ma obowiązek wyjaśnić i udowodnić, za pomocą dostępnych mu środków dowodowych, w zależności od okoliczności danej sprawy, że oferowana przez niego cena jest rynkowa i umożliwia realizację powierzonych mu zadań. Skoro zatem zamawiający, stosując się do treści przepisów ustawy Pzp, wezwał wykonawcę, do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty precyzując jednocześnie, że oczekuje od niego przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów i złożenia dowodów na potwierdzenie rzetelności sporządzonej kalkulacji, to w świetle przepisów to na przystępującym ciążył obowiązek wykazania, że cena zaproponowana

w ofercie nie jest rażąco niska. Innymi słowy zobowiązany był do tego, aby wyjaśnić i wskazać w szczególności jakie elementy decydują o tym, że cena ustalona na określonym poziomie jest ceną rynkową i w jaki sposób została ona przez niego obliczona, biorąc pod uwagę poszczególne elementy składające się na zakres zamówienia.

Tym samym argumentacja zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że z uwagi na to, że w niniejszym postępowaniu przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe, zwolniony jest niejako z obowiązku badania sposobu, w jaki wykonawca kalkulował ofertę - w tym przypadku nie zasługuje na aprobatę. Nie może bowiem powoływać się na to, że ustalili w tym zamówieniu taki sposób rozliczeń z wykonawcą, w sytuacji gdy uprzednio wzywa go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z kolei jeśli POLAN, zgodnie z dyspozycją zamawiającego, na jego wezwanie składa wyjaśnienia, to zamawiający ma obowiązek zbadać czy te uzasadniają przyjętą w ofercie cenę, a zatem czy możliwe jest wykonanie tego zamówienia w sposób rzetelny, zgodny ze sztuką budowlaną, opisem zawartym w SWZ oraz w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami. Zamawiający, zdaniem Izby, zaniechał takiego szczegółowego badania, do czego był zobowiązany w myśl przepisów ustawy Pzp.

Dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że zamawiający udostępnił POLAN kosztorys inwestorski, co już samo w sobie dawało wezwanemu wykonawcy przewagę, albowiem miał możliwość zapoznania się w ten sposób ze sposobem, w jaki wyliczał cenę zamawiający. Mógł zatem w prosty sposób, odnosząc się do poszczególnych elementów kalkulacji zamawiającego, wyjaśnić które z nich zostały wycenione na poziomie niższym i z jakich powodów. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że przekazując wykonawcy dokument z szacowania wartości zamówienia chciał stworzyć możliwość sporządzenia przez niego rzetelnego wyjaśnienia. Pomimo tego, w ocenie Izby, w wyjaśnieniach przesłanych zamawiającemu trudno doszukać się odniesienia do poszczególnych elementów składających się na zakres tego zadania, oraz doszukać się takich czynników, które miałyby potwierdzać realność i rynkowy charakter ceny.

Odnosząc się do treści samych wyjaśnień zauważyć należy, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego POLAN przedłożył pismo datowane na 29 marca 2021 r., w którym w pierwszej kolejności przedstawił wyliczenia robocizny, materiałów i sprzętu; wskazał na okoliczności, które uzasadniały, co sam przyznał obniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości kosztorysu inwestorskiego ustalonej znacznie wyżej; załączył kosztorys ofertowy, w rozbiciu na cenę jednostkową i wartość oraz, jako dowody załączył oferty cenowe na materiały (od firmy Neptun Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie) oraz roboty budowlane (od firmy Hydro-Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie). Wyjaśnienia te, wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

POLAN wskazuje bowiem w szczególności, że okolicznością, która miała mieć decydujący wpływ na możliwość obniżenia ceny jest fakt, że zamawiający niezasadnie uwzględnił wysoki poziom wód gruntowych, co zawiżyło wartość kosztorysową. Z kolei jak stwierdził przystępujący, wykonał on dołki kontrolne na trasie kolektora sanitarnego i tłoczego, w celu sprawdzenia poziomu wód gruntowych w konsekwencji czego okazało się, że wysoki ich poziom występuje jedynie w obrębie tłoczni ścieków. Co kluczowe nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów na tą okoliczność, przedstawiając stosowną opinię dopiero na rozprawie. Skoro w tym elemencie POLAN upatruje swojej przewagi, to powinien szczegółowo wykazać stosownymi środkami dowodowymi, że wykonał dołki kontrolne, ile ich było i w jakim miejscu były wykonane. To dopiero pozwoliłoby zamawiającemu ocenić czy taka okoliczność faktycznie miała miejsce, a co kluczowe czy w konsekwencji możliwe jest tak znaczące obniżenie ceny w stosunku do kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający załączył bowiem do dokumentacji postępowania opinię geotechniczną podłoża gruntowego projektowanej kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Gromadzice i Stawek, sporządzoną w sierpniu 2017 r. przez geologa – Z. G. . W opracowaniu tym znaleźć można szczegółowy opis i charakterystykę gruntów na obszarze, na jakim wykonywana ma być inwestycja. Na podstawie założeń przyjętych w tej opinii sporządzony został kosztorys inwestorski i przyjęty zakres prac do realizacji. Jeśli zatem w okresie od kiedy przygotowano to opracowanie do terminu składania ofert nastąpiły tak istotne zmiany w tym zakresie, to POLAN winien to udokumentować i wykazać z jakich powodów i w jakim stopniu możliwe było obniżenie ceny ofertowej. POLAN w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń i nie wskazał jak okoliczność ta przełożyła się na zaoferowaną przez niego cenę. Zamawiający z kolei, co wynika ze stanowiska prezentowanego w treści odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, przyjął wyjaśnienia przystępującego złożone w piśmie z 29 marca 2021 r., nie oczekując żadnego dokumentu potwierdzającego, że warunki gruntowe w tym miejscu uległy istotnej zmianie.

Kolejna okoliczność, na którą zwraca uwagę POLAN, to sposób przygotowania kosztorysu inwestorskiego w oparciu o cennik EstiSystem z II kwartału 2020 r., gdzie poziom

cen materiałów i sprzętu, oraz narzuty do kosztów pośrednich od robocizny i sprzętu kształtują się na wysokim poziomie w porównaniu do rynku lokalnego. W tym zakresie stwierdzić należy, że oprócz ogólnego twierdzenia POLAN nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień i wyliczeń, które pozwalałyby dowieść stawianej tezy. Nie udowodnił w których pozycjach kosztorysu przyjęta cena w sposób rażąco odbiega od tych, które występują na lokalnym rynku i w zakresie jakich pozycji czy jakiego zakresu - możliwe jest uzyskanie tak znacznych oszczędności.

Składając z kolei wyliczenia w zakresie robocizny podał, że stawka wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w jego firmie to 3 200,00 zł. netto. Dodatkowo wymienia ile osób potrzebuje do wykonania zadań objętych przedmiotem zamówienia wskazując, że potrzebne będą w tym celu trzy brygady robocze. Przy czym wyjaśnienia w zakresie kosztów robocizny ograniczają się wyłącznie do tych osób, nie podaje zatem jakie będą koszty zatrudnienia innych osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia np. kierownika budowy czy kierownika robót. Zamawiający, odnosząc się do tej kwestii, z niewiadomych powodów twierdzi, że ich wartość została uwzględniona przez wykonawcę w ramach kosztów ogólnych budowy. Takie twierdzenia są nieuprawnione, albowiem nie sposób wywieść tego z treści złożonego przez POLAN pisma. Nie sposób też wyliczyć tych kosztów w inny sposób, gdyż załączony do wyjaśnień kosztorys ofertowy nie zawiera szczegółowej kalkulacji kosztów roboczogodziny.

Nie można także stwierdzić na podstawie złożonych wyjaśnień czy przyjęte przez niego założenia dotyczące czasu przewidzianego na wykonanie poszczególnych etapów zamówienia (nie jest podany nakład robocizny i sprzętu przyjęty do kalkulacji w oparciu o KNR-y złożone w wyjaśnieniach), w konsekwencji nie jest możliwe zweryfikowanie poprawności czasu pracy poszczególnych brygad. Wszystko to powoduje, że wyjaśnienia POLAN w tym zakresie należy uznać za ogólne, dodatkowo nie poparte żadnymi dowodami. Przystępujący bowiem dopiero na rozprawie przedstawił dowody na okoliczność realności przyjętych przez niego stawek na wynagrodzenia pracowników, co jak wcześniej zauważono, należy uznać za działanie spóźnione, gdyż te winny być przedłożone zamawiającemu w toku postępowania.

Przystępujący wyjaśnia również zamawiającemu, że koszty materiałów podstawowych, jakie przyjął w swojej kalkulacji, oparł na ofertach cenowych otrzymanych od dostawców. Podaje przy tym zbiorczą kwotę za materiały, skalkulowaną w jego kosztorysie - 826 368,07 zł. netto. Dodatkowo, jako dowód, przedstawia ofertę Neptun sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na okoliczność, że przyjęte przez niego ceny są realistyczne i nie odbiegają od cen rynkowych. Na podstawie ww. oferty nie sposób jednak stwierdzić, że ta odnosi się do zakupów materiałów dla tego konkretnego zamówienia. Dodatkowo w jej treści

wskazano, że ceny zaoferowane pozostaną aktualne w przypadku, gdy POLAN zamówi całość materiałów, a oferta Neptun, wystawiona 25 marca 2021 r. i, jak wskazano w jej treści, pozostaje ważna do 30 kwietnia 2021 r. Przystępujący wprawdzie wyjaśnił na rozprawie, że na dzień składania ofert dysponował podobną ofertą, to jednak próżno szukać na ten temat wzmianki w treści złożonych zamawiającemu wyjaśnień. Nie sposób też wywieść z nich, że w przypadku, gdy upłynie okres jej obowiązywania dostawca materiałów zrealizuje dla przystępującego dostawę, utrzymując ceny na takim samym poziomie. Faktem powszechnie znanym, nie wymagającym dowodu jest, że w ostatnim okresie ceny materiałów budowlanych znacznie wzrosły, co skutkuje tym, że składając kolejne zamówienie na potrzebne do realizacji zamówienia materiały wykonawca nie ma pewności, że deklarowany w danym dniu poziom cen zostanie mu zagwarantowany.

Zamawiający, co wynika z odpowiedzi na odwołanie oraz prezentowanego przez niego stanowiska na rozprawie nie tylko, że nie dostrzegł w tym zakresie żadnych braków czy nieścisłości, ale tłumaczył, że w praktyce POLAN mógł dużo wcześniej dysponować wiedzą o kosztach poszczególnych materiałów u swojego dostawcy, jednak nie musiał tych posiadać w postaci oferty w formie papierowej. Z kolei w jego ocenie fakt datowania tych dokumentów na dzień po terminie składania ofert nie dowodzi, że w momencie jej przygotowywania ceny były wyższe niż aktualnie proponowane wykonawcy. Ponownie mamy zatem do czynienia z sytuacją kiedy zamawiający niejako składa wyjaśnienia w zastępstwie wykonawcy, argumentując i wywodząc, że ceny przez niego oferowane są na rynkowym poziomie, co nie znajduje odzwierciedlenia w składanych mu wyjaśnieniach.

Dalsza część wyjaśnień przystępującego dotyczy z kolei sprzętu, który zamierza on użyć do realizacji zamówienia. Jako okoliczność, która umożliwiła mu skalkulowanie swojej ceny na niskim poziomie wskazuje, że posiada własny sprzęt budowlany np. koparki, samochody, zagęszczarki, stąd jako koszty pracy można przyjąć koszty zużycia paliwa. Wyjaśnienia w tym zakresie są zatem niezwykle lakoniczne i, na co zwrócił uwagę odwołujący, nie obejmują nawet kluczowego sprzętu, który będzie konieczny do realizacji zadania,

a w konsekwencji nie wiadomo też czy i na jakich zasadach POLAN będzie nim dysponował. Sam przystępujący nie kwestionował, że nie wskazał w wyjaśnieniach pełnej listy sprzętu potrzebnego do wykonania robót, w tym np. takich kosztownych maszyn jak wibromłot czy sprężarka do wykonania przecisków na przyłączach. Dopiero na rozprawie przedłożył pełny wykaz sprzętu, który jak twierdził jest jego własnością. Brak jednak takich dowodów na etapie składania wyjaśnień.

Podnosił też dodatkową okoliczność, która ma powodować, że cena paliwa została przyjęta przez niego na korzystnym poziomie w postaci zakupu paliwa w grudniu 2020 r. w cenie 4,04 zł./ 1l. oraz fakt jego magazynowania, na okoliczność czego również przedłożył na rozprawie dowody. Również te wyjaśnienia i dowody należy uznać za spóźnione, jako podnoszone dopiero na rozprawie. Nie sposób nie zauważyć również, że z treści wyjaśnień wynika, że koszty paliwa POLAN kalkulował na poziomie 5 zł./ 1 l. a zatem składane wyjaśnienia są niespójne z tym, co prezentował w swojej argumentacji na rozprawie.

Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają zatem na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. Ponownie należy wskazać, że jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie.

Odwołujący zarzucił również, że POLAN w swojej kalkulacji nie uwzględnił szeregu kosztów, składających się na przedmiot zamówienia. I ten zarzut ten potwierdził się chociażby w odniesieniu do kosztów wynikających z konieczności odtworzenia pobocza pasa drogowego na szerokości jednego pasa ruchu oraz odtworzenia rowów. Jak wynika z akt sprawy zgodnie z decyzją Powiatowego Zarządu Dróg z 29 marca 2017 r. (znak. PZD.SD.4323.9.2017) Gmina Czarnożyły została uprawniona do zlokalizowania sieci kanalizacji sanitarnej z pasach dróg powiatowych Nr 4521 E Murowaniec-Masłowice (działka nr ewid. 11) w miejscowości Stawek, Nr 4534 E Łagiewniki-Gromadzice (działka nr ewid. 388/1) i Nr 4537 E Nietuszyna-Wieluń /ul. Przemysłowa (działka nr ewid. 173, Gromadzice). Warunki, jakie musi spełnić Inwestor podczas wykonywanych robót to wykonanie sieci grawitacyjnej fi 315 mm i tłocznej fi 110 mm w poboczu wzdłuż jezdni pasa drogowego w/w dróg. Przyłącza należy wykonać przeciskami w poprzek dróg powiatowych na całej szerokości pasa drogowego w rurach osłonowych na głębokości min. 1,5 m poniżej rzędnej krawędzi jezdni drogi powiatowej poprzez studnie. Komory przewiertowe należy wykonać poza pasem drogi. W przypadku uszkodzenia krawędzi jezdni należy jezdnię asfaltową odtworzyć na szerokości jednego pasa ruchu warstwa ścieralna gr. 4 cm. pobocze na całej szerokości i długości należy przywrócić do stanu pierwotnego odpowiednio zagęszczając i utwardzić materiałem kamiennym o grubości 15 cm. Pas drogowy przywrócić do stanu

pierwotnego wraz z odtworzeniem uszkodzonych rowów. Nie ulega zatem wątpliwości, że element ten winien zostać ujęty w kalkulacji, sporządzonej przez przystępującego, gdyż wynika on z treści SWZ, jako zakres prac których wykonanie spoczywa na wykonawcy. Przystępujący przyznał na rozprawie, że element ten nie został przez niego wyceniony, gdyż w jego ocenie konieczność wykonania tego zakresu jest mało prawdopodobna. Podobnie stwierdził zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie argumentując, że warunek odtworzenia jezdni pasa drogowego na szerokości jednego pasa ruchu nie ma w przypadku w/w decyzji charakteru obligatoryjnego, a jedynie „w przypadku uszkodzenia”, wobec czego wykonawca mógł tychże kosztów w swoich wyliczeniach nie zakładać.

Podobna argumentacja zamawiającego pojawia się także w odniesieniu do innych elementów robót, które zdaniem odwołującego winny zostać skalkulowane w ofercie, a nie wynika to ani ze złożonych wyjaśnień, ani też z załączonego do nich kosztorysu ofertowego. Zamawiający uzasadniając brak niektórych elementów wynikających z zakresu zamówienia opisanego w SWZ ponownie przywołuje zapisy, które znalazły się w Rozdziale 4, w którym znalazła się informacja, że przedmiar robót ma wyłącznie charakter pomocniczy. Pomija przy tym okoliczność, że sam miał wątpliwości czy cena podana przez POLAN w formularzu nie jest rażąco niska i skierował do niego wezwanie, z treści którego wynikało, że ma on obowiązek przedstawienia szczegółowej kalkulacji robót, które zamierza wykonać, załączając jednocześnie dowody na poparcie swoich wyliczeń. Powołując się na przedstawioną w dniu 31 marca 2021 r. opinię Inspektora Nadzoru stwierdza, że przedstawiony zakres robót umożliwia wykonanie robót budowlanych w sposób rzetelny i zgodny ze sztuką budowlaną. Jednocześnie sam przyznaje, że w kosztorysie ofertowym zostały uwzględnione „podstawowe (niezbędne) pozycje”, a zatem nie przedstawiono kalkulacji obejmującej pełny tj. wynikający z dokumentacji zakres prac.

Tym samym, w ocenie Izby, potwierdziły się zarzuty sformułowane w treści odwołania - naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z tego powodu, że pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny POLAN nie podołał obowiązkowi wykazania, że cena za wykonanie zamówienia nie jest rażąco niska oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :