

Sygn. akt: KIO 888/21

WYROK

z dnia 20 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2021 r. przez wykonawcę **BCJ Firma Instalacyjno – Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bodzechów z/s w Ostrowcu Świętokrzyskim**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców G. G. i A. G. – wspólników spółki cywilnej prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MAKO” s.c. w Ostrowcu Świętokrzyskim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).
2. Kosztami postępowania 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 oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bodzechów z/s w Ostrowcu Świętokrzyskim [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Miłków i Jędrzejów - część 2* (znak postępowania: ZP.271.14.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem 768053-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 20 marca 2021 r. wykonawca BCJ Firma Instalacyjno – Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „MAKO” s.c. G. G., A. G. w Ostrowcu Świętokrzyskim [dalej „MAKO”], który nierzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny (nieudzielenie szczegółowych informacji, nieprzedstawienie dowodów i złożenie wyjaśnień w sposób zdawkowy i ogólnikowy) kolejnego wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. wezwania wykonawcy „do skutku”;

a na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza, nie podzieliła poglądu o zarzucie naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podniósł zarzut naruszenia:

2. art. 89 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAKO, pomimo że oferta złożona przez wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAKO, pomimo iż złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez zamiar świadczenia usług poniżej kosztów.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane odwołaniem;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty MAKO, a następnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (ponownego badania i oceny ofert);
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (według potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pierwotnie Zamawiający w dniu 28 stycznia 2021 r. jako najkorzystniejszą wybrał ofertę MAKO. Dnia 2 lutego 2021 r. Odwołujący - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 4 ustawy Pzp oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Odwołujący wskazał, że oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia wykonawcy złożone na wezwanie Zamawiającego są lakoniczne i nie zawierają żadnych dowodów na poparcie okoliczności mających rzekomo uzasadniać szczególnie sprzyjające okoliczności umożliwiające zaoferowanie tak niskiej ceny.

W odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie Zamawiający dnia 9 lutego w całości uwzględnił zarzuty podniesione przez Odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania. Zamawiający podzielił pogląd Odwołującego, iż pomimo wezwania do wyjaśnień wykonawców, których oferty zawierały rażąco niską cenę, nie doszło do sytuacji, w której można by uznać, że przedmiotowe wyjaśnienia w sposób niebudzący wątpliwości wykazały, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający przyznał, iż wyjaśnienia wykonawców nie były wystarczająco szczegółowe, a argumentacja zawarta w uzasadnieniu

odwołania w postaci konkretnych wyliczeń jeszcze wzmocniła jego przekonanie, iż wyjaśnienia wykonawców złożone w toku przedmiotowego postępowania były niewystarczające. Z tego powodu KIO umorzyła postępowanie, biorąc pod uwagę uznanie przez Zamawiającego zasadności odwołania.

Następnie Zamawiający w piśmie z dnia 25 lutego 2021 r. poinformował wykonawców, iż unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną w dniu 28 stycznia 2021 r. oraz ponownie wezwał wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu. W przedmiotowym piśmie Zamawiający powtórzył *de facto* pierwotnie wystosowane wezwanie, ale dodatkowo podkreślił i pogrubiał, iż wyjaśnienia mają być „dokładne i jednoznaczne”, a także pogrubiono i dodatkowo podkreślono konieczność złożenia dowodów. W ten sposób Zamawiający ponownie wezwał wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, instruując ich, że wyjaśnienie ma być szczegółowe i zawierać dowody, o których Zamawiający pisał już w pierwszym wezwaniu. Zamawiający skierował więc pismo do wykonawców, chociaż wezwanie to było analogiczne do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 21.01.2021 r. Już bowiem pismo z dnia 21.01.2021 r. zawierało wezwanie dla każdego z wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, w tym w szczególności w zakresie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie dokładnych i jednoznacznych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym również o złożenie dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a także o przedstawienie kalkulacji ceny ofertowej. Pierwotne wyjaśnienia MAKO zawierały tylko kilkanaście ogólnikowych zdań (1,5 strony tekstu), bez żadnych dowodów na ich poparcie. Pomimo złożonych tak lakonicznych wyjaśnień, budziła nadal obiektywne wątpliwości co do tego czy oferta jest zrównoważona pod względem gospodarczym i czy może zostać zrealizowana w należyty sposób. Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji ani kosztorysu, które pozwalałyby na uznanie złożonej przez niego oferty za wiarygodną, realistyczną i uwzględniającą wszystkie elementy związane z przedmiotowym zamówieniem.

Odnosząc się do argumentów wskazanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 26.01.2021 r. Odwołujący podkreślał, iż twierdzenia wykonawcy m.in. o uprzednio zakupionych materiałach, które zostały zmagazynowane, własnych złożach surowców czy też korzystnych cenach materiałów oferowanych przez partnerów handlowych, wbrew pierwotnemu wezwaniu Zamawiającego, nie zostały poparte żadnymi dowodami, dlatego należy uznać je jedynie za gołosłowne deklaracje. Wykonawca nie wykazał także w jaki sposób posiadanie przez niego specjalistycznego sprzętu oraz doświadczonej kadry pracowniczej wpływa na możliwość obniżenia ceny ofertowej.

Pomimo przyznania przez Zamawiającego racji Odwołującemu, że pierwotnie złożone wyjaśnienia wybranego wykonawcy były lakoniczne i nierzetelne, Zamawiający nie odrzucił bynajmniej jego oferty, lecz w dniu 25.02.2021 r. ponownie skierował do wykonawcy wezwanie do udzielenia analogicznych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia dowodów, dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu, w zakresie cen materiałów, piachu, kruszywa, informacji dot. zmagazynowanych materiałów, a także zaangażowania sprzętu, kadry. Zamawiający podkreślił w piśmie konieczność złożenia dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Pouczył w ten sposób wykonawcę jak ma złożyć drugie, kolejne już wyjaśnienie dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny.

Wykonawca, będąc tak precyzyjnie poinstruowany przez Zamawiającego, a także znając już zarzuty pierwszego odwołania Odwołującego, przedłożył kolejne wyjaśnienia, tym razem zawierające już 54 karty, w tym dowody potwierdzające, w jego opinii, rynkowość zaoferowanej ceny. Dopiero zatem po drugim wezwaniu Zamawiającego przedłożono dowody, pomimo, iż termin wyznaczony na przedłożenie wyjaśnień i dowodów w pierwszym wezwaniu Zamawiającego (6 dni) był wystarczający do uzyskania ofert od partnerów handlowych, a także zbliżony do terminu wskazanego w drugim wezwaniu (7 dni). Wystarczy tylko porównać odpowiedzi wykonawcy na dwa tożsame wezwania Zamawiającego, aby stwierdzić, że doszło do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. O ile bowiem pierwsze wyjaśnienia zawierały jedynie 1,5 strony lakonicznego tekstu, o tyle kolejne wyjaśnienia po ewidentnym instruktażu od Zamawiającego zawierały już 54 karty wyjaśnień i dowodów. Wszystko to w sytuacji, gdy wykonawca już w momencie składania pierwszych wyjaśnień był zobligowany do wskazania w sposób wyczerpujący i precyzyjny wszelkich czynników, które pozwoliły mu na skalkulowanie ceny ofertowej na takim, a nie innym poziomie, a także do przedstawienia Zamawiającemu kompletnych dowodów, o które Zamawiający wzywał i które potwierdziłyby, że cena oferty nie jest rażąco niska. To bowiem podmiot wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest zobowiązany wskazać czynniki, które faktycznie wpłynęły na jej obniżenie (wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 784/13).

Powyżej opisane zachowanie Zamawiającego uzasadnia naruszenie przez niego art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z jednolitą linią orzecniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 par 2 k.c.), a także mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Zamawiający może wezwać ponownie do

złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, niejako „do skutku”, przy jednoczesnym instruowaniu wykonawcy jak mają wyglądać kolejne wezwania. Odwołujący na potwierdzenie stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2380/17, wyrok z dnia 13 października 2014 r. sygn. akt: KIO 2025/14, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 77/16.

Mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający powinien odrzucić ofertę takiego wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca nie dołożył należytej staranności przy składaniu wyjaśnień, nie dostarczył też zamawiającemu dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tym zakresie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający uznał, że może swobodnie wezwać wykonawcę do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z dodatkowym podkreśleniem słowa „dowody”, co w oczywisty sposób naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, stanowiąc wręcz instruktaż jak powinny wyglądać kolejne wyjaśnienia. W ocenie odwołującego, już sama ta okoliczność (naruszenie art. 7 ustawy Pzp) jest wystarczająca do uznania odwołania za uzasadnione.

Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał także dalsze zarzuty pod adresem zaskarżonej czynności Zamawiającego. Stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż oferta wykonawcy, nawet po zapoznaniu się z kolejnymi wyjaśnieniami, nadal jest ofertą z rażąco niska cena, co powoduje zagrożenie dla realizacji świadczenia budowy sieci kanalizacji sanitarnej dla Zamawiającego i może skutkować jego nienależytym lub całkowitym niewykonaniem. Poniższe argumenty dotyczące naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk mają charakter ewentualny, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego o naruszeniu art. 90 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako zarzutu podstawowego.

Odwołujący wskazał, iż posiada wieloletnie doświadczenie w branży budowlanej, w szczególności w zakresie budowy sieci kanalizacji sanitarnych, które pozwala mu skalkulować rzeczywiste koszty realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, co pozwala na wyciągnięcie wniosków odnośnie rażącego zaniżenia ceny

zaoferowanej przez wykonawcę. Odwołujący wskazał na następujące fakty, wskazane już uprzednio w odwołaniu z dnia 2 lutego 2021 r. i poparte dowodami w zakresie kalkulacji, tj.:

a) Koszty robocizny/zatrudnienia pracowników - co najmniej 432.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, iż biorąc pod uwagę wskazany przez Zamawiającego w SIWZ zakres prac koniecznym jest zaangażowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia 3 brygad, każda składająca się z 5 pracowników. Przeciętne miesięczne wynagrodzenie pracownika za pracę wynosi ok. 4.000,00 zł brutto. Łączny koszt zatrudnienia pracowników w okresie realizacji przedmiotu zamówienia (7 miesięcy) wyniesie 432.000,00 zł (15 osób x 7 miesięcy x 4.000,00 zł). Koszty robocizny swoim zakresem obejmują wykonanie sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej, montaż zbiorników pompowni, a także wszelkie roboty związane z odtworzeniem terenu po robotach ziemnych (bez odtworzenia nawierzchni asfaltowej).

b) Koszty usługi - ok. 613.350,00 zł

Niezakłócone i sprawne zrealizowanie przedmiotu zamówienia wymaga m.in.

- Wykonania przewiertu sterowanego (w drodze wojewódzkiej)- koszt ok. 40.000,00 zł,
- Dostawy i montażu pompowni ścieków - koszt ok. 297.200,00 zł,
- Odtworzenia nawierzchni asfaltowej- koszt ok. 150.000,00 zł,
- Obsługi geodezyjnej, obsługi geotechnicznej- koszt ok. 60.000,00 zł,
- Koszt przeglądów gwarancyjnych w okresie udzielonej gwarancji (60 miesięcy)- koszt ok. 66.150,00 zł

c) Koszty materiałów

Znaczącymi czynnikami kosztotwórczymi przy realizacji ww. zamówienia, które także istotnie wpływają na cenę oferty, są materiały. Zgodnie z wymogami technicznymi oraz SIWZ, przedmiotowe zadanie wymaga zakupu:

- Materiałów instalacyjnych (rur, włączów, studni z tworzywa sztucznego)- koszt ok. 155.629,57 zł,
- Studni betonowych - koszt ok. 116.925,94 zł,
- Materiałów pomocniczych (kruszyw na wymianę gruntu, kruszyw drogowych)- koszt ok. 121.399,79 zł.

Łącznie, kwota jaka musi zostać przeznaczona na zakup samych materiałów wynosi 393.955,30 zł.

Odwołujący wspomniał, iż ww. kwoty, dotyczące zakupu materiałów są kwotami zaoferowanymi indywidualnie Odwołującemu, który dzięki długoletniemu funkcjonowaniu na rynku usług kanalizacji sanitarnej i wieloletniej współpracy handlowej nawiązanej w toku działania spółki, otrzymuje korzystne rabaty i upusty, co pozwala na uzyskanie cen materiałów w kwotach niższych, aniżeli pozostali oferenci. Pozwala to na przyjęcie domniemania, iż wykonawca poniesie jeszcze wyższe koszty zakupu materiałów, aniżeli

Odwołujący.

Podsumowując, wskazane wyżej przez Odwołującego łączne koszty bezpośrednie kształtują się na poziomie 1 439.305,30 zł netto (cena oferty netto wykonawcy - 1 375.384,79 zł netto).

Koszty prowadzenia działalności (koszty pośrednie) założono na racjonalnym poziomie 20% kosztów bezpośrednich i jest to wielkość, którą powinien przyjąć każdy dochowujący należytej staranności wykonawca. Nie sposób polemizować z faktem, iż spółka wykonawcy, podobnie jak spółka Odwołującego generuje koszty związane z funkcjonowaniem lokalu/biura, opłatami za media, kosztami amortyzacji sprzętu, czy też kosztami obsługi księgowej. Przyjęcie ich na poziomie 20% kosztów pośrednich w przedmiotowym zamówieniu daje kwotę 287.861,06 zł (1 439.305,30 zł x 20%).

Koszty bezpośrednie i pośrednie dają zatem łącznie kwotę 1 727.166,36 zł.

Odwołujący przyjął zysk na poziomie 10% kosztów, co daje kwotę 172.716,64 zł. Jest to zysk adekwatny i proporcjonalny do zaangażowania osobowego i technicznego oraz czasu potrzebnego do wykonania przedmiotowego zamówienia. Kwota podatku VAT wynosi 436.973,09 zł. Ww. kwoty składają się na sumę w wysokości 2 336.856,09 zł, która jest realną i uczciwą ceną ofertową (w przeciwieństwie do rażąco zaniżonej ceny wybranego wykonawcy).

Przy uwzględnieniu kosztu realizacji zamówienia na ww. poziomie, wykonawca winien znacznie wyżej skalkulować swoją ofertę. Tym samym wskazanie przez wykonawcę oferty realizacji zamówienia za kwotę 1 375.384.79 zł netto (1 691.723,29 zł brutto), to jest kwotę znacznie poniżej poziomu samego kosztu jego wykonania, bez uwzględnienia zysku wykonawcy, stanowi zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MAKO Odwołujący podniósł, iż przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do przedstawionej powyżej kalkulacji czynników kosztotwórczych. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę MAKO ulegałaby ona odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie sprecyzowała tego pojęcia. Rażąco niskiej ceny nie definiują również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej leżące u podstaw przedmiotowej regulacji. Mając jednak na względzie cel ww. przepisów i dotychczasową linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wydaje się, iż za ofertą z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej.

Przyczyną zaoferowania ceny wyraźnie niższej od ceny innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność jego kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2640/18 oraz z dnia 16 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2389/20. Odwołujący wskazał, iż jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Jak wspomniano wcześniej, cena zaoferowana przez wykonawcę MAKO jest o prawie 50 % niższa niż szacunkowa ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO wskazuje się, że „Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17). Ocena działania wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu pozwala uznać, iż zaoferowanie przez niego ceny za wykonanie usługi na poziomie 1 691.723,29 zł brutto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca dążąc do uzyskania zamówienia, a także wyeliminowania z rynku konkurentów, zaoferował wykonanie usługi poniżej kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Działanie to w opinii Odwołującego ma charakter zamierzony. Złożenie przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierającej rażąco niską cenę skutkuje w opinii Odwołującego dopuszczeniem się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji: „w konsekwencji przyjęcia, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Wobec przyjęcia, że oferta Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, nie budzi wątpliwości fakt, iż oferta stanowi

sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1515/13).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 kwietnia 2021 r. wniósł o:

1. o oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z wezwań Zamawiającego wystosowanych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przedsiębiorstwo-Handlowo-Uslugowe MAKO s.c. G. i A. G., na okoliczność:
 - a. dopuszczalności drugiego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
 - b. iż oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe MAKO s.c. G. G. i A. G. nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym zakresie w szczególności dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 26 stycznia 2021 r. i z dnia 2 marca 2021 r.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący się nie wykazał interesu do wniesienia odwołania. W orzecznictwie KIO zwraca się uwagę, że: *„wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez KIO wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 179 ust. 1 p.z.p. zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów.”* Przesłanki te, to posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienie szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca sam wskazuje, że gdyby uwzględniono jego odwołanie jego oferta uzyskałaby drugą, a nie pierwszą lokatę. Wskazuje to na brak spełnienia przesłanki poniesienia szkody przez Odwołującego się.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – drugie wezwanie

Zamawiający wskazał, iż zgodnie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców, których cena całkowita oferty była poniżej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten nie wskazuje w swej treści na niedopuszczalność wzywania wykonawcy tylko raz do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego, był on uprawniony do ponownego wezwania wykonawców do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się nie tylko na możliwość, co wręcz na powinność kolejnego wezwania w trybie

art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy Zamawiający sformułował pierwsze wezwanie w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu (art. 90 ustawy Pzp). Dokładnie taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. KIO wskazuje, iż „w sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie elementy kosztotwórcze wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.”(sygn. akt: KIO 2176/20). Stąd też Zamawiający – po zauważeniu swojego błędu w sformułowaniu pierwszego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – już po uwzględnieniu pierwszego odwołania, chcąc w szczególności przestrzegać zasady zawartej w art. 7 ustawy Pzp, skierował po raz kolejny wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do wszystkich wykonawców. Wezwanie do Odwołującego się, uzasadnione było wątpliwościami, które pojawiły się po pierwszym wyjaśnieniu, a do dwóch pozostałych, faktem zbyt ogólnego wezwania Zamawiającego, a w konsekwencji tak samo ogólnej odpowiedzi Wykonawców. Zdaniem Zamawiającego nie doszło tym samym do naruszenia przepisów regulujących tryb postępowania w przypadku zaistnienia przesłanek wystąpienia rażąco niskiej ceny, w szczególności zarzucanego naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ani do naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że na pierwsze – zbyt ogólne – wezwanie, odwołujący się odpowiedział w sposób wyczerpujący, a w wyniku jego odpowiedzi Zamawiający nabral wątpliwości, stąd skierował do niego kolejne wezwanie. Natomiast w zakresie dwóch pozostałych wykonawców, wezwanie uzasadnione było zbyt ogólną naturą pierwszego wezwania. Sam fakt, iż jeden z wykonawców, odpowiedział dość precyzyjnie na ogólne wezwanie Zamawiającego, nie stanowi uzasadnienia dla zakazu skierowania kolejnego wezwania do tych wykonawców, którzy nie złożyli wystarczająco konkretnych wyjaśnień. Uznanie za zasadne stanowiska prezentowanego przez Odwołującego się, prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2445/20.

Zamawiający wskazał, że nieprawdziwy jest zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający skierował tożsame wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że wezwania różniły się w swojej treści. Pierwsze wezwanie było zasadniczo powtórzeniem regulacji ustawowej. Drugie wezwanie zostało opracowane w sposób bardziej precyzyjny, ze wskazaniem na konkretne elementy oferty, które budziły wątpliwości zamawiającego oraz ze wskazaniem konkretnych czynności jakich oczekuje od

Wykonawców Zamawiający. W wezwaniu wysłanym do MAKO dnia 25 lutego 2021 r. Zamawiający w sposób wyraźny wskazuje, które elementy wyliczenia ofertowego powinny zostały poparte dowodami, wskazując w tym zakresie na: ceny materiałów, piachu, kruszywa, informacji dotyczących zmagazynowanych materiałów, zaangażowania kadry i sprzętu. Natomiast pierwsze wezwanie było *de facto* powtórzeniem przepisów art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie może instruować wykonawców, jak ma wyglądać wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się z taką wykładnią w/w przepisu. Wręcz przeciwnie wezwanie powinno być precyzyjne i wskazywać w sposób niebudzący wątpliwości, jakich czynności i dowodów oczekuje od wykonawcy Zamawiający. Stąd pogrubienie (uwypuklenie), czy pouczenie w tym zakresie nie może zostać uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Brak rażąco niskiej ceny oferty MAKO

Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta MAKO nie zawiera rażąco niskiej ceny. Po przedstawieniu wyjaśnień w tym zakresie, nie ulega wątpliwości, że wykonanie przedmiotu przetargu za zaoferowaną cenę jest możliwe i nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ani cena ta nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że nie ma do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Dowodem na tę okoliczność są wyjaśnienia MAKO i załączone do nich oferty i inne dokumenty.

Wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług określona przez Zamawiającego to 3 343 000 zł. Średnia cena wszystkich 5 ofert to 2 071 058,50 zł. Zamawiający wskazuje na fakt przeszacowania szacunkowej wartości zamówienia. Jest to uzasadnione faktem złożenia przez wykonawców ofert znacznie poniżej tego oszacowania. Gdyby nie przeszacowanie w ogóle nie mielibyśmy do czynienia z wystąpieniem przesłanek do zastosowania procedury badania rażąco niskiej ceny. Oferta MAKO w odniesieniu do średniej wszystkich ofert nie wykazuje ustawowych przesłanek wystąpienia uzasadnionego podejrzenia oferty obarczonej rażąco niską ceną. ($1\,691\,723,29\text{ zł} / 2\,071\,058,50\text{ zł} = 81,7\%$). Już z tego tytułu należy przyjąć – z uwzględnieniem złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający zauważył, że miernik wartości szacunkowej zamówienia jest uzależniony od działań Zamawiającego i w związku z tym może nie odzwierciedlać tendencji rynkowych. Zamawiający nie ma tak dobrej orientacji na rynku jak sami wykonawcy, nie jest uczestnikiem tego rynku, co prawda działa na nim pośrednio, występując przy okazji zamówień w trybach przetargowych i pozaprzetargowych, jednak nie jest to pełne uczestnictwo, tak jak w przypadku wykonawców, ani uczestnictwo ciągłe, a jedynie epizodyczne. Dlatego z całą pewnością to ceny zawarte w ofertach wykonawców

odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, jako że kalkulowane były w jednym czasie oraz z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego. Natomiast szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego – jak okazało się toku postępowania – nie jest wyceną rynkową. Między innymi z tego powodu – rzecz jasna z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień – Zamawiający uznał, że oferta MAKO nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny.

Dalej Zamawiający wskazał, że wykonawca MAKO w sposób przekonywujący uzasadnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym zakresie za uzasadnione Zamawiający uznał wyjaśnienie, że 2 brygady o składzie 4 – osobowym są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie w ciągu 6 miesięcy. Wniosek ten Zamawiający wysnuł ze swojego doświadczenia, które wskazuje, że podobne inwestycje były realizowane podobnym nakładem sił w podobnym czasie. Gmina Bodzechów w ciągu ostatnich kilkunastu lat zrealizowała kilkaset kilometrów kanalizacji sanitarnej, co daje w tym zakresie wystarczające doświadczenie, aby uznać, że wyjaśnienia są przekonywujące. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż Odwołujący się ma siedzibę w Tarnobrzegu, a więc około 60 km od miejsca realizacji zamówienia, co w przypadku codziennego dojazdu z bazy Odwołującego się w Tarnobrzegu okupione jest stratą co najmniej 1 godziny na dojazd w jedną stronę. W przypadku MAKO baza znajduje się w Ostrowcu Św., zatem niemal na miejscu, zaledwie około 10 km od miejsca realizacji inwestycji. Odnosząc się do przyjęcia kosztów wynagrodzenia na poziomie 5 500 zł na pracownika Zamawiający uznaje je za uzasadnione. Tak skalkulowany koszt daje kwotę wynagrodzenia brutto pracownika na poziomie 4 565,07 zł, co jest zgodne z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a także jest to kwota wynagrodzenia realna i przeciętna na lokalnym rynku pracy.

Całkowity koszt usług wskazany przez MAKO to 437 200,00 zł, w tym koszt przewiertów w wysokości około 20 000 zł (Odwołujący się podaje koszt ok. 40 000 zł), który jest już wliczony w koszt zatrudnienia pracowników (MAKO planuje wykonać przewierci własnymi siłami), zatem jest to dla wykonawcy oszczędność, gdyż nie musi tej usługi zlecać podwykonawcy. Dostawa i montaż przepompowni ścieków to koszt ofertowany na poziomie 307 200,00 zł, jest to wycena wyższa niż wycena Odwołującego się. Wyszczególnienie kosztów obsługi geotechnicznej i geodezyjnej na poziomie 25 000 zł i kosztów odtworzenia nawierzchni asfaltowej na poziomie 65 000 zł jest realne i znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach złożonych przez MAKO (oferty w tym zakresie). Koszt obsługi gwarancyjnej to 20 000 zł.

Koszt materiałów i surowców łącznie kształtuje się na poziomie 280 894,49 zł w stosunku do 393 955,30 zł w ofercie Odwołującego się. Oszczędność powstaje z uwagi na posiadanie przez MAKO własnych złóż surowców, jak i posiadanie zmagazynowanych materiałów, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia. Także oferty potwierdzają

fakt, iż koszt materiałów instalacyjnych (rury, włazy, studnie) jest realny. Pozostałe koszty, w tym maszyn, paliw itd. wyceniono na 59 863,68 zł. MAKO w tym zakresie wskazuje na posiadanie własnej bazy paliw, co także wpływa na zmniejszenie kosztów ponoszonych w tym zakresie.

Koszty pośrednie przyjęte przez MAKO na poziomie 20% oraz zysk na poziomie 10%, to poziomy także przyjęte przez Odwołującego się. Oszczędności na jakie wskazuje MAKO, to ponadto zamiar wykonania całości zamówienia własnymi siłami, bez korzystania z podwykonawców, na co wskazuje bogate zaplecze maszyn, w szczególności: wiertnica sterowana i wiertnica do wierceń poziomych, samochody ciężarowe, koparko-ładowarki, spychacze itp. Oszczędność pojawia się także w aspekcie niewielkiej odległości od miejsca realizacji inwestycji.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji uzasadniany jest przez Odwołującego się rzekomym zaniżeniem oferty poniżej kosztów, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Pierwsza przesłanka, z uwagi na wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie jest spełniona, gdyż oferta MAKO nie jest ofertą poniżej kosztów. Z wyjaśnień i szczegółowych wyliczeń wynika, że oferent zakłada zysk na poziomie 10%, zatem planuje zysk z przedmiotowego zamówienia. Wyżej zostało uzasadnione, że jest to zysk realny, tak jak i realna jest oferta. Odnośnie drugiej przesłanki, to jest działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to z uwagi na fakt, że nie doszło do złożenia oferty poniżej kosztów, nie można mówić, aby takie działanie w jakimkolwiek przypadku mogło prowadzić do eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Jest to po prostu normalna konkurencja na rynku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na okoliczność, iż w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego uzyskałaby drugą, a nie pierwszą lokatę w rankingu. Zamawiający nie przedstawił szerszej argumentacji w ww. zakresie, w szczególności nie

twierdził, iż ostatecznie zweryfikował pod względem podmiotowym wykonawcę, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. W ocenie Izby nie można wymagać do wykonawców, którzy uplasowali się na dalszych pozycjach w rankingu ofert (oferta Odwołującego znalazła się na miejscu 3.) stawiania zarzutów Zamawiającemu bez zakończenia zbadania sytuacji podmiotowej wykonawcy uplasowanego wyżej w rankingu. Wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) w takiej sytuacji będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert. Powyższe wynika ze sposobu badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, o którym mowa w art. 25a ustawy Pzp oraz tego, iż co do zasady, Zamawiający w świetle art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wzywa do złożenia dokumentów na potwierdzenie ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej.

Zamawiający w dniu 22 marca 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę MAKO wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 26 stycznia 2021 r. oraz z dnia 2 marca 2021 r., a także zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 marca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 maja 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek VAT stanowiła 3 343 000 zł. Z kolei średnia arytmetyczna cen pięciu ofert złożonych w postępowaniu wynosiła 2 069 658,50 zł.

Wykonawca MAKO złożył ofertę z ceną 1 691 723,29 zł. Z powyższego wynika zatem, że oferta wykonawcy MAKO stanowiła ok. 51% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 82% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę MAKO na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż cena zaoferowana przez

wykonawcę wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający podał, iż zwraca się do wykonawcy o udzielenie dokładnych i jednoznacznych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym również o złożenie dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca, składając wyjaśnienia, winien w sposób wyczerpujący i precyzyjny, wskazać czynniki, które pozwoliły na skalkulowanie ceny ofertowej na poziomie 1 691 723,29 zł brutto oraz przedstawić szczegółowe uzasadnienie, w jakim stopniu czynniki te pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej. Zamawiający zwraca się w szczególności o przedstawienie kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia kompletnych i szczegółowych wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest rażąco niska.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wykonawca MAKO odpowiedział w szczególności, że: „W naszej ofercie przyjęliśmy ceny materiałów oparte na ofertach otrzymanych od naszych kontrahentów. Nasz narzut wyniósł zaledwie kilka procent.

Ponadto posiadamy zmagazynowane materiały, które zostały już zakupione i zapłacone przy okazji zakupów dokonywanych dla realizowanych wcześniej inwestycji, a które są pełnowartościowe i jako takie planujemy je w realizacji bieżącego zadania.

Roboty ziemne zaplanowaliśmy wykonać samodzielnie. Dużym atutem jest własny park maszyn i pojazdów oraz własne złoża surowców takich jak piach i kruszywo potrzebne do wbudowania w kanał.

Pozwoliło to na uzyskanie ceny na niewysokim poziomie, który jednocześnie jest dla nas możliwy do zaakceptowania.

Samodzielne wykonanie robót montażowych – bez zatrudniania podwykonawców również pozwoliło uniknąć dodatkowych kosztów wykonania robót.

Podobnie jak prace w pozostałych branżach, tak i roboty odtworzeniowe nawierzchni drogi byłyby w całości wykonywane samodzielnie przez naszą firmę. Założyliśmy wykorzystanie własnego sprzętu oraz doświadczonego personelu naszej firmy. Niewielki narzut na cenę robót pozwolił na uzyskanie korzystnej wartości robót w tym dziale.

Ważnym dla nas faktem jest, że roboty mają miejsce w bezpośredniej bliskości miasta, w którym nasze przedsiębiorstwo ma swoją siedzibę ponieważ sytuacja taka nie generuje dodatkowych kosztów w postaci delegacji pracowników, dalekich dojazdów do miejsca budowy, ogranicza koszty transportu maszyn i towarów oraz pozwala na optymalne wykorzystanie dziennego czasu pracy pracowników.

W obecnej chwili dysponujemy wolnymi zasobami sprzętowo – kadrowymi zdolnymi do szybkiej i rzetelnej realizacji zadania. Zatrudnienie do wykonania zadania właśnie tych osób przyczynia się do obniżenia kosztów pracy a jednocześnie wpływa na obniżenie ceny oferty oraz pozwala zorganizować pracę dla naszych brygad pracowników budowlanych.

Podsumowując, oferowana przez nas cena wynika z korzystnych warunków wykonania zamówienia oraz cen materiałów oferowanych nam przez naszych partnerów handlowych a także z faktu posiadania własnych złóż surowców i specjalistycznego sprzętu oraz doświadczonej kadry pracowniczej.”

Do ww. wyjaśnień wykonawca MAKO nie załączył żadnych dowodów.

W dniu 25 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę MAKO na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu w zakresie:

- cen materiałów, piachu, kruszywa
- informacji dot. zmagazynowania materiałów
- zaangażowania sprzętu, kadry.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie, dokładnych i jednoznacznych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym również o złożenie dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca składając wyjaśnienia powinien w sposób wyczerpujący i precyzyjny wskazać czynniki, które pozwoliły mu na skalkulowanie ceny ofertowej na poziomie 1 691 723,29 zł brutto oraz przedstawić szczegółowe uzasadnienie, w jakim stopniu te czynniki pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu kompletnych i szczegółowych wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Pismem z dnia 2 marca 2021 r. wykonawca MAKO złożył wyjaśnienia poziomu ceny oraz załączył dowody.

W dniu 16 marca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy MAKO.

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do wykonawcy MAKO, który nierzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, kolejnego wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. wezwania wykonawcy „do skutku”.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco

niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby akcentuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską cenę lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17).

Ograniczeniem dla ponownego wszczęcia procedury wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1847/17). Kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia poziomu ceny - w ocenie Izby - nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym kalkulacji cenowej ani żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania ceny oferty. Innymi słowy, w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień poziomu ceny, brak jest po stronie zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że taka sytuacja miała miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Dostrzec należy, iż Zamawiający już w pierwszym wezwaniu z dnia 21 stycznia 2021 r. skierowanym do wykonawcy MAKO zwrócił się o udzielenie dokładnych i jednoznacznych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym również o złożenie dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Co więcej Zamawiający w ww. piśmie podniósł, że wykonawca, składając wyjaśnienia, winien w sposób wyczerpujący i precyzyjny, wskazać czynniki, które pozwoliły na skalkulowanie ceny ofertowej oraz przedstawić szczegółowe uzasadnienie, w jakim stopniu czynniki te pozwoliły na obniżenie ceny ofertowej. W treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia przez wykonawcę kalkulacji ceny ofertowej.

W ocenie Izby analiza wyjaśnień złożonych przez wykonawcę MAKO prowadzi do wniosku, że wykonawca nie uczynił zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 21 stycznia 2021 r., w szczególności w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej oraz złożenia dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Wykonawca MAKO w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił ogólne, lakoniczne wyjaśnienia, często formułowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, których nie można uznać za sprostanie obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z treści złożonych przez MAKO wyjaśnień nie sposób wywieść, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę oferty. Nie bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostaje również fakt, że wykonawca MAKO nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, do których dostarczenia Zamawiający wezwał wykonawcę, przez co złożone wyjaśnienia należy uznać za gołosłowne. Co więcej, dostrzec należy, iż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca MAKO nie przedstawił żadnej kalkulacji cenowej, czy też jakichkolwiek założeń/wyliczeń matematycznych stanowiących podstawę do obliczenia ceny ofertowej, co też skutkuje negatywną oceną złożonych wyjaśnień. Wykonawca MAKO dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny oferty przedstawił szersze wyjaśnienia, które zostały poparte dowodami oraz zawierały wyliczenia wykonawcy.

W tym miejscu podkreślić należy, iż Zamawiający oceniając wyjaśnienia w zakresie ceny oferty powinien zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równo traktować wszystkich wykonawców. Za nieprawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który kieruje do wykonawców tożsame wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie nie różnicuje sytuacji prawnej wykonawcy, który dołożył należytej staranności i przedstawił Zamawiającemu szczegółowe, spójne wyjaśnienia poparte dowodami oraz wykonawców, którzy nie przedstawili kalkulacji ceny ofertowej oraz nie poparli elementów kosztotwórczych dowodami, pozbawiając tym samym Zamawiającego szansy na weryfikację złożonych wyjaśnień.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca MAKO nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 21 stycznia 2021 r., przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Z uwagi na powyższe brak było podstaw do wystosowania do tego wykonawcy kolejnego wezwania w ww. zakresie. Oferta wykonawcy MAKO podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAKO, pomimo że oferta złożona przez wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAKO, pomimo iż złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez zamiar świadczenia usług poniżej kosztów - miały ewentualny charakter na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o naruszeniu art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze zatem, iż zarzut zasadniczy potwierdził się, pozostałe zarzuty odwołania nie były przedmiotem oceny Izby, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 13 600 zł.

Przewodniczący: