

Sygn. akt: KIO 1461/20

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 czerwca 2020 r.** przez wykonawcę **A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B. w Wieluniu, ul. Fabryczna 41, 98-300 Wieluń** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Siemkowice, Plac Wolności 1, 98-354 Siemkowice**

przy udziale wykonawcy **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K. we Wrzosowej, ul. Wesoła 13, 42-263 Wrzosowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 24.06.2020 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego – S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K. we Wrzosowej, ul. Wesoła 13, 42-263 Wrzosowa, jak i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w jej ramach nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzutu wadliwej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i uznania, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie złożył

wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę, jak i zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ . W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Siemkowice, Plac Wolności 1, 98-354 Siemkowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B. w Wieluniu, ul. Fabryczna 41, 98-300 Wieluń** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Siemkowice, Plac Wolności 1, 98-354 Siemkowice** na rzecz **A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B. w Wieluniu, ul. Fabryczna 41, 98-300 Wieluń** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Siemkowice”, Znak sprawy IRŚ.271.2.1.2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 541382 - N - 2020, data zamieszczenia 19.05.2020 r. przez Gmina Siemkowice, Plac Wolności 1, 98-354 Siemkowice zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 24.06.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K. we Wrzosowej, ul. Wesoła 13, 42-263 Wrzosowa zwany dalej: „Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K.” albo „ZTHU” albo „Przystępującym”. Drugą pozycje w rankingu zajęła oferta: A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B. w Wieluniu, ul. Fabryczna 41, 98-300 Wieluń zwana dalej: „Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B.” albo „Odwołującym”.

W dniu 29.06.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Usług Sprzętowo-Transportowych A. B. wniosła odwołanie na w/w czynność z 24.06.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 29.06.2020 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZTHU pomimo iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. Art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez ZTHU i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta ZTHU nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ZTHU, pomimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZTHU, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,

4. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZTHU, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez ZTHU.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Wnosił także o przeprowadzenie dowodów:

1. Z Protokołu postępowania wraz z załącznikami - w szczególności:
 - a. z SIWZ wraz z jej modyfikacjami i wyjaśnieniami,
 - b. z oferty złożonej przez ZTHU,
 - c. pism złożonych przez ZTHU w związku z postępowaniem po terminie składania ofert, a w szczególności wyjaśnień dotyczących ceny oferty,
2. Z dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

- a. w Rozdziale 3: przedmiotem zamówienia jest wybudowanie kanalizacji sanitarnej o długości 995m i przykanalików oraz odtworzenia nawierzchni drogowych,
- b. w Rozdziale 13:

- wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe,
- podstawą do ustalenia ceny jest dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
- wykonawcy mieli prawo do wizji lokalnej,
- cena oferty ma zawierać wszystkie koszty budowy i prac towarzyszących np. przygotowanie zaplecza, dostawa mediów, obsługa geodezyjna, zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia, koszty zajęcia terenu i drogi, koszty ubezpieczenia budowy, robót i mienia na budowie.

c. w Rozdziale 17:

- postanowienia przygotowanych istotnych postanowień umowy nie podlegają negocjacom,
- zmniejszenie zakresu prac pociąga za sobą zmniejszenie wynagrodzenia.

2. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 SIWZ Zamawiający oceniał oferty w trzech kryteriach:

- a. Cena - o wadze: 60%
- b. Gwarancja - o wadze: 40%,

W terminie wyznaczonym na złożenie ofert, czyli 02.06.2020r. wpłynęły cztery oferty.

Podczas otwarcia ofert Zamawiający oświadczył, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 985.000,- zł. Ceny ofert przedstawiały się następująco:

- a. ZTHU: 4748.64,68 zł,
- b. PPHU Z. sp. j. z siedzibą w Bełchatowie: 822.870,00 zł,
- c. Odwołujący: 633757,50 zł,
- d. Hydromex Plus sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie 795.847,- zł

4. Wszyscy Wykonawcy zaoferowali 60-cio miesięczny okres gwarancji.

Zamawiający w dniu 10.06.2020r. wezwał ZTHU do wyjaśnienia ceny. Zamawiający wskazał, iż cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do tego, czy jest adekwatna do wskazanego zakresu zamówienia. Zamawiający wezwał ZTHU do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia i dowody miały być złożone w terminie do 17.06.20 r. ZTHU złożył wyjaśnienia w dniu 17.06.20 r. Pismem z dnia 24.06.2020r. Zamawiający poinformował, że:

- a. Za najkorzystniejszą uznał ofertę ZTHU i która uzyskała 100 punktów.
- b. PPHU „Sanel” Z. sp. j. z siedzibą w Bełchatowie uzyskał 74,63 punkty,
- c. Odwołujący uzyskał 84,96 punktów,
- d. Hydromex Plus sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie uzyskał 75,80 punktów.

7. Zdaniem Odwołującego oferta ZTHU winna być odrzucona.

Charakter wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

1. W świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. SO w W-wie w wyroku z 14.03.2017 r., sygn. akt XXIII Ga 967/16 podkreślił: *„to nie skarżący (na etapie przed KIO - odwołujący mają wykazywać, że oferta konkurenta jest rażąco niska, lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu spoczywa na barkach tego, który oferuje i rozpoczyna się od momentu żądania wyjaśnień przez Zamawiającego i nie ulega on modyfikacji na etapie postępowania zarówno odwoławczego jak i skargowego”*.

2. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Istota tej ustawowej regulacji polega na tym, że brak wyjaśnień na równi ze złożeniem pozornych lub nieudokumentowanych obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty (por. art. 90 ust. 3 Pzp). Nie jest wystarczające złożenie

wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich wyliczenia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Co więcej, skoro art. 90 ust. 3 nakazuje Zamawiającemu badanie wyjaśnień - czyli oświadczenia własnego wykonawcy - i dowodów, to brak dowodów skutkuje koniecznością negatywnej oceny złożonych wyjaśnień i odrzucenia oferty.

3. Zamawiający powinien ocenić na ile przedstawione argumenty potwierdzają rynkowy charakter oferty, i czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Art. 90 ust. 3 Pzp kreuje obowiązek aktywnego i krytycznego badania złożonych wyjaśnień. Zamawiający ma nie tylko wezwać do udzielenie wyjaśnień, ale też ma te wyjaśnienia ocenić. Nie chodzi bowiem o zaakceptowanie jakichkolwiek wyjaśnień, ale o zaakceptowanie jedynie takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości obalają domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Rzetelne badanie wyjaśnień, jest gwarancją zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym, a także jego proporcjonalności i przejrzystości - zasady te są wprost wymienione w art. 7 ust. 1 Pzp.

4. KIO w wyroku z 08.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1826/15 wskazała: *„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło do bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.”*

5. Dokonywana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz okoliczności, na które nie mogą powołać się inni wykonawcy. Element unikalności jest o tyle istotny, iż przedmiot zamówienia (co oczywiste) jest taki sam dla wszystkich i będzie realizowany w tych samych realiach rynkowych.

Konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że każdy z wykonawców użyje podobnych maszyn i urządzeń oraz zatrudni podobną ilość pracowników. Podsumowując:

a. wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - co wynika z wielu wyroków KIO np. wyrok KIO z 07.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2185/14),

b. wyjaśnienia muszą wskazywać obiektywne czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu - okoliczność ta jest powszechnie akceptowana przez doktrynę i orzecznictwo, przykładowo:

- wyrok SO w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12,
- wyrok SO Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09,
- wyrok SO w Katowicach sygn. akt XIX 179/13.

6. Nie może zyskać akceptacji sytuacja, w której niska ceny uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do oferty ZTHU - w takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 Pzp ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

7. W okolicznościach niniejszej sprawy ZTHU winien zatem wykazać - w sposób wyżej przedstawiony - w jaki sposób wykona zamówienie za kwotę niższą o - 52% o kwoty ustalonej przez Zamawiającego i osiągnie zysk, czego nie uczynił. Zamawiający błędnie uznał wyjaśnienia złożone w dniu 17.06.2020r. za wystarczające. ZTHU nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia są niewystarczające, nie są udowodnione i wręcz potwierdzają istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie ZTHU.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ZTHU.

1. Treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ZTHU w dniu 17.06.2020 r. potwierdza, że oferta ww. Wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę.

a. Odpowiedź udzielona przez ZTHU jest lakoniczna, ogólnikowa i w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

b. Wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu w jaki zostały obliczone wskazane w nim pozycje kosztowe (tzn. dlaczego w takiej akurat wysokości wykonawca określił poszczególne koszty, brak dowodów uzasadniających realność zakładanych szacunków).

c. Nie przedstawiono żadnych dowodów potwierdzających prawidłowość kosztów podanych w treści wyjaśnień. W aktach sprawy znajduje się co prawda pismo z 28.05.2020r. zawierające (zgodnie z jego treścią) wycenę materiałów (pismo z 28.05.2020r. wystawione przez P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: PPH Sanitech w Częstochowie) jednak:

- z treści pisma nie wynika, by była to oferta a tym bardziej nie wynika, iż była ona przyjęta,
- nie zawiera wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, a ZTHU oświadczył, iż jest to wycena niekompletna i dotyczy jedynie głównych materiałów,
- ZTHU wskazał, iż koszt wszystkich materiałów to 140.028,10 zł netto, a przedstawił informację cenową (wycena z Sanitech) na kwotę 95.895,25 zł - nie jest wykazane, że za różnicę ZTHU może kupić potrzebne materiały u innych dostawców,

d. Nawet uwzględniając wycenę dokonaną przez Sanitech, to nie może być ona uznana za wystarczająca, gdyż nie zawiera danych pozwalających na zidentyfikowania producenta wykazanych materiałów oraz nie pozwala na ustalenie czy materiały te spełniają wymagania techniczne i jakościowe określone przez Zamawiającego. Sanitech nie oświadczył też, że zapoznał się z dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót.

2. ZTHU oświadczył, że zamówienie wykona 6 osobowa brygada w czasie 56 dni, a koszt związany z zatrudnieniem to 96.880,-

a. Brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających to, że pracownicy ZTHU faktycznie pracują za tak niskie stawki. Wskazać należy, że ZTHU wskazał, iż jest to cały koszt związany z zatrudnieniem a zatem przyjęć należy, iż są to kwoty brutto łącznie ze wszystkim składkami.

b. Wysokość kosztów pracy nie jest należycie wykazana. Koszty pracy są jednym z podstawowych czynników, które powinny być zostać wyjaśnione, na które wprost wskazuje przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp. Treść tego przepisu została przytoczona przez Zamawiającego w wezwaniu.

c. Brak wykazania kosztów obsługi geodezyjnej.

d. Brak wykazania kosztów kierownika budowy i (być może) kierownika robót - są to pozycje odrębne od kosztów zatrudnienia ww. 6 osobowej brygady.

e. Brak wyliczenia i brak harmonogramu robót co by mogło potwierdzić realność przyjętego 56 dniowego czasu realizacji zamówienia.

3. W zakresie dysponowanie sprzętem, to ZTHU oświadczył, że posiada cały niezbędny sprzęt potrzebny do realizacji zadania.

a. Nie zostały przedstawione żadne dowody potwierdzające fakt posiadania takiego sprzętu. Warto też zwrócić uwagę, iż słowo posiadanie nie jest równoznaczne z tym, że ZTHU jest właścicielem wykazanych maszyn i urządzeń a zatem może ponosić opłaty np. z tytułu najmu, leasingu dzierżawy etc.

b. Jednocześnie, jeżeli nie są to maszyny i urządzenia nowe to regułą są wyższe koszty eksploatacji. Wyjaśnienia nie zawierają informacji pozwalających na identyfikację maszyn i urządzeń dla potrzeb oszacowania kosztów pracy (ZTHU podaje jedynie markę).

c. Dysponowanie sprzętem i urządzeniami do realizacji zamówienia jest okolicznością właściwą wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Większość wykonawców robót budowlanych posługuje się własnym sprzętem (zwłaszcza tak podstawowym sprzętem jak wymieniony przez ZTHU) a nie sprzętem wynajmowanym od innych podmiotów.

d. ZTHU nie wykazuje, w jaki sposób posiadanie sprzętu wpływa na oszczędności w realizacji zamówienia i w jaki sposób realnie przekłada się ona na cenę oferty.

4. Koszt paliwa ustalono na 39.200,- zł i został on podany w przeliczeniu na 56 dni czasu realizacji zamówienia. Podejście takie nie jest praktykowane przy wyliczaniu kosztów robót budowlanych - najczęściej przyjmuje się koszt tzw. „motogodziny”, czyli koszt rzeczywistej pracy konkretnego urządzenia.

a. Czytając literalnie wyjaśnienia z 17.06.2020r. można przyjąć, iż wszystkie maszyny i urządzenia pracują jednocześnie przez 56 dni. Podejście takie jest oczywiście nieracjonalne. ZTHU nie wskazał kiedy i ile pracuje poszczególne urządzenie, nie wskazał jaki jest przebieg ciężeń i nie wskazał, jaki jest koszt zakupu paliwa, koszt obsługi i koszt pracy kierowców i operatorów.

b. Na koszt pracy maszyn składa się wiele czynników (zakup, amortyzacja, stopień zużycia, koszty paliwa, olejów, płynów eksploatacyjnych). Zużycie paliwa jest (po kosztach zakupu) bodaj największą pozycją kosztotwórczą. Spalenie zależy przede wszystkim od pojemności (wielkości) silnika i obciążenia podczas pracy.

c. ZTHU wskazał, iż koszt dziennego zużycia paliwa będzie wynosił 700,- zł - ponieważ użyto słowa „koszt”, to należy założyć, iż jest to cena brutto łącznie z podatkiem VAT. Ceny hurtowe oleju napędowego Ekodiesel - choć ZTHU nie wskazał, że korzysta z cen hurtowych - oferowane przez PKN Orlen S.A. - na dzień złożenia odwołania 4142,64,- brutto za m3 czyli za 1000 litrów, co oznacza, że za 700,- zł można kupić -169 litrów paliwa (źródło: <https://www.ornen.pl/PL/DlaBiznesu/HurtoweCenyPaliw/Strony/default.aspx>). Przyjmując metodykę podaną w wyjaśnieniach, można przyjąć, że dla warunków pracy w zakresie

zamówienia faktyczne zużycie paliwa będzie kształtowało się na poziomie - 314 litrów dziennie co wynika z poniższego zastawienia:

- koparka kołowa CAT 4 szt.- zużycie paliwa po 51/h, czyli 201/h,
- koparka gąsiennicowa CAT 3szt - zużycie paliwa po 61/h, czyli 181/h,
- midi CAT 2 szt. zużycie paliwa po 41/h, czyli 81/h,
- midi KUBOTA 2 szt. zużycie paliwa 31/h, czyli 61/h,
- samochód ciężarowy min 40 l / 100 km, zakładając dzienny przebieg 50 km (co i tak jest wartością zaniżoną) to $40/2=201$ przez 8h daje 2,5 l /h a ZTHU powołuje 10 sztuk samochodów, czyli 2501/h
- walce, zamiatarki, skraparki ok 41/h sztuka, czyli 121/h

d. Jak widać z powyższego zestawienia dzienne zapotrzebowanie na paliwo będzie wyższe niż 169 litrów ON.

e. Odwołujący zaznacza jednak, iż przyjęcie zużycia dobowego jest błędne. Zużycie paliwa można wyliczyć poprzez ustalenie faktycznego czasu pracy konkretnego urządzenia według pomiarów rzeczywistych lub danych statystycznych - w wyjaśnieniach z 17.06.2020r. nie ma takich informacji.

5. ZTHU wskazał, iż ponosi koszt biurowe oraz koszty utrzymania ustalone na 28.000,- zł o ile można założyć co mieści się w kosztach biurowych, to nie jest zrozumiałe co to są „koszty utrzymania”. Wskazać jednak należy, iż wyjaśnienia nie powinny wymagać dokonywania interpretacji, a „koszty biurowe” jako pojęcie nieostre powinno być opisane w wyjaśnieniach.

6. ZTHU odwołuje się do posiadanego doświadczenia, które jakoby pozwoliło na obniżenie ceny, ale nie wykazał w jaki sposób te okoliczności to obniżenie uzyskano.

V. ZTHU w wyjaśnieniach z 17.06.2020r. nie przedstawił żadnej informacji na temat istotnych elementów cenotwórczych. ZTHU nie wykazał m.in. kosztów obsługi geodezyjnej (o czym już wspomniano), kosztów robót przygotowawczych, nadzorów branżowych, oznakowania i zabezpieczenia robót w pasie drogowym, kosztów usuwania kolizji, odtworzenia uszkodzonych nawierzchni, ewentualnego odwodnienia wykopów etc. Ocena wyjaśnień złożonych przez ZTHU musi być negatywna i oferta powinna być odrzucona.

1. ZTHU nie wykazał kosztów piasków na zasyпки, obsypki oraz na kosztów pisku na wymianę gruntu oraz transportu i zabudowy.

a. Zamawiający w dokumentacji wykonawczej projektu budowlanego wskazał, że w okolicy ul. Dziegieńców (vide dokumentacja wykonawcza str. 39 i 40) „*Miękkości warstwy piasków zmieniają się. Najwięcej piasków w zbadanym podłożu gruntowym jest: - w rejonie*

skrzyżowania ul. Wierzbowej z ul. Parkową, - w rejonie ul. Mickiewicza, - w ul. Nowej, - w ul. Częstochowskiej, - w ul. Dziegieciów, - w ul. Zamkowej, - pomiędzy Placem XXX-lecia a ul. Dworcową, - w ul. Widawskiej na odcinku od otworu nr 42 do otworu nr 50. ”

b. Jednocześnie Zamawiający poinformował Wykonawców, że: *„Wodę gruntową stwierdzono tylko w otworze nr 31. Tutaj napływ wody wystąpił z warstwy gliny, a zwierciadło wody gruntowej ustabilizowało się na głębokości 1,50 m”* - w praktyce oznacza to, że występują na terenie budowy grunty spoiste, które muszą zostać wymienione lub wymieszane w celu uzyskania wskaźnika zagęszczenia a do tego potrzebny jest piasek.

2. ZTHU nie wykazał kosztów mas bitumicznych i podbudów niezbędnych do odtworzenia nawierzchni oraz kruszyw do odbudowy nawierzchni. W przedmiocie zamówienia jednoznacznie wskazano, że należy wykonać odtworzenie nawierzchni drogowych. Odtworzenie to będzie miało miejsce co najmniej w trasie kanalizacji co wynika z decyzji zarządcy drogi dołączonej do projektu odtworzenia nawierzchni str. 2 i 3 - wskazano tam konieczność zabudowy ~28 ton mas asfaltowych i ~40m³ podbudowy z kruszywa naturalnego (dot. ulicy Dworcowej i Dziegieciów).

3. Zamawiający w technologii wykonania zadania w przedmiarze robót określił m.in.:

a. wykonanie odcinka 270m metodą przewiertu sterowanego - wg. opisu przedmiaru: przeciskiem sterowanym z żerdzią pilotową z rur PEHD o śr. DN 200 mm, dl. przecisku ponad 30 m, grunt kat. III-IV. obmiar 270m - wykonanie bezwykopowo takiego odcinka rurociągu jest oszczędną metodą wykonania-zamówienia i taką technologię narzucił Zamawiający,

b. wykonanie przewiertów poprzecznych pod drogami w osłonowej rurze stalowej (są w projekcie a nie ma w przedmiarze) - wykonanie takich przewiertów powoduje znaczące obniżenie kosztów odtworzeni, zasypek zagęszczeń itd.,

c. ZHUT w swych wyjaśnieniach nie wykazał wiertnicy horyzontalnej do wykonania przewiertu sterowanego ani wiertnicy poziomej do wykonania przewiertów rurami osłonowymi stalowymi.

4. Powyższe okoliczności wskazuje, iż ZTHU nie ma możliwość albo nie planuje wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ co zapewne ma wpływ na cenę. W takim jednak przypadku złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jednocześnie treść oferty nie odpowiada treści SIWZ co - w obu przypadkach - winno skutkować odrzuceniem oferty.

Ponieważ wyjaśnienia złożone przez ZTHU nie spełniają wymagań określonych przepisem art. 90 Pzp, to zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

1. Zgodnie z wyrokiem KIO z 23.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1651/16 „Przepis art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nakazuje zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone”.

2. Podobnie KIO orzekło w wyroku z 19.05.2016r. KIO 722/16: „Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu”.

VII. Ogólnikowość złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

1. W wyroku z 07.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2221/17 stwierdzono: „Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu”.

2. W kolejnym orzeczeniu KIO uznała, że: „Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty” (wyrok KIO z 06.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17).

Zamawiający w dniu 30.06.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.07.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Transportowo-Handlowo-Uslugowy S. K. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Na wstępie należy wskazać, że o tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zawsze Zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest cena rażąco niska. Stanowisko to potwierdził SO w Katowicach w wyroku z 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10 stwierdzając, że: *„Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.*” . Zatem należy uznać za SO w Katowicach, że punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku KIO z 14.05.2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, gdzie Izba stwierdziła, że *„celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, jest ustalenie przez zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie*”. Z kolei z wyroku z 07.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2640/18 wynika, że *„o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne*”. Natomiast SO w Krakowie w wyroku z 23.04.2009 r. wskazał jako kryteria identyfikujące cenę rażąco niską *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie*

ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych".

Z rażąco niską ceną mamy do czynienia w sytuacji, gdy jej wysokość jest oderwana od realiów rynkowych i nie oddaje rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, nie mogąc tym samym zapewnić zrealizowania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Badanie kwestii rażąco niskiej ceny, niezależnie od podstaw jego wszczęcia dotyczyć może całkowitej ceny oferty, co wymaga ustalenia w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu m.in. rodzaju przedmiotu zamówienia czy czynnika cenotwórczego. Stwierdzenie, że wysokość istotnej składowej ceny oferty ustalona została w oderwaniu od realiów rynkowych powoduje, że cenę całkowitą oferty uznać należy za rażąco niską. Przystępujący wskazuje w tym miejscu, że Odwołujący nie wykazał w Odwołaniu z 29.06.2020r. aby istotna składowa część oferty była ustalona przez Przystępującego w oderwaniu od realiów rynkowych tym bardziej nie wykazano aby całkowita cena oferty odbiegała od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w Odwołaniu wskazał, że:

Ad IV. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie ZTHU S. K. (str. 6 odwołania z 29.06.2020r.)

1. Odpowiadając nawiązuję do Odpowiedzi ZTHU S. K. z 17.06.2020r. udzielonej Zamawiającemu i będącej w aktach sprawy, wskazuję, że koszty materiałów, które przedstawiono zawierają wszystkie koszty materiałowe oraz opłaty jakie oferent ponosi związane z realizacją zadania zgodnie z Projektem Budowlanym, Prawem Budowlanym, SIWZ i BHP. Koszty materiałów głównych przedstawione w wyjaśnieniach stanowią 95% materiałów niezbędnych do realizacji zgodnie z wymogami Zamawiającego, ponieważ tylko takie można przyjąć do oferty. Pozostała kwota, a więc $140.028,10 - 95.895,25 = 44.132,85$ zł netto jest kwotą wystarczającą na zakup 5% materiałów i pokrycie opłat takich jak obsługa geodezyjna, opłaty zajęcia pasa drogowego itp. Takie koszty jak wymienione wyżej należy uwzględnić w kosztach budowy i oferent postąpił zgodnie z tą zasadą, 5% z kwoty ogólnej materiałów stanowi kwotę 7.001,40 zł co jest wystarczające na zakup materiałów drogowych bo tylko te materiały pozostają do zakupu a więc:

- Kruszywo łamane - 80 ton x 32,00zł za tonę = 2560,00 zł
- Masa bitumiczna - 20 ton x 195,00zł za tonę = 3900,00 zł

co daje kwotę łączną 6.460,00 zł. Pozostaje do dyspozycji kwota 541,40 zł, która zostaje na ewentualne nie przewidziane, a bardzo drobne materiały, których zakupu nie

sposób przewidzieć. Na poczet potwierdzenia cen materiałów drogowych przedstawiam oferty w załączniku. Z kwoty 44.132,85 zł odejmujemy 7.001,40 zł zostaje zatem kwota 37.131,45zł jest to kwota na wszystkie opłaty geodezyjne, zarządcy drogi itp. Jest to kwota w zupełności wystarczająca na pokrycie wszystkich opłat za zajęcia pasa drogowego oraz aktualnych stawek geodezyjnych.

2. W odpowiedzi na zarzut odnośnie kosztów osobowych 96.880,00 zł przedstawiam pełne wyliczenie kosztów brygady 6 osobowej bo właśnie taka brygada jest potrzebna do zrealizowania zadania w czasie wyliczonym przez oferenta.

Koszty osobowe 1730zł/dzień brygada 6 osobowa na taką brygadę przypada również kierownik budowy, przekładają tą kwotę na 21 dni roboczych, która wypada średnio w miesiącu co daje kwotę $(1730,00zł \times 21dni = 36.330,00 zł)$ i dzieląc to na 1 pracownika daję nam średnią wypłatę miesięczną $36.330,00/7$ (6 osób fizycznych i kierownik) = 5190,00 zł brutto, na poczet czego przedstawiam umowy oraz pasek z wypłat za maj 2020 r. Czas realizacji jaki przyjął oferent czyli 56 roboczo dni wynika z doświadczenia jakie posiada Przystępujący, a jest ono imponujące w tego typu zadaniach, w celu sprecyzowania przedstawiam wyliczenie:

- prace kanalizacyjne - 995mb / 21mb dziennie = 48 dni
- prace odtworzeniowe - drogowe jest to 152,00m² czas realizacji 2 dni
- prace porządkowe na całym zadaniu - czas realizacji 5 dni

pozostaje 1 dzień, który zawsze jest wykorzystywany do odbioru wewnętrznego ZTHU. Na realizację 21 mb składają się wszystkie prace, które przypadają na dany odcinek wraz z ewentualnymi przyłączami dlatego też 21 mb jest to średnia ilość ponieważ w jeden dzień można wykonać 30 mb, a w drugi 10 mb, bo na przykład należy wykonać przyłącze. Takie doświadczenie średniego czasu realizacji nabywa się w toku wieloletnich prac, które Przystępujący realizował, dla przykładu podam, że w obecnej chwili realizuje zadania, w których długość kolektora głównego wynosi 12 kilometrów.

3. Odnośnie dysponowania sprzętem potrzebnym do wykonania omawianego zamówienia wskazuję, że ZTHU podał, że „posiada sprzęt” precyzując dalej stwierdzam, że jest właścicielem podanego sprzętu, zatem nie występują tu żadne koszty np. wynajmu, dzierżawy czy leasingu. Tak bogata baza sprzętowa zarówno do realizacji robót kanalizacyjnych jak i drogowych jest atutem ZTHU i ma duży wpływ na oferowaną cenę. Należy nadmienić iż oferent jest również w posiadaniu wiertnicy poziomej na dowód czego przedstawiamy fakturę zakupu w załączniku.

4. Odpowiadając na zarzut dotyczący kosztów paliwa wskazuję, że koszty paliwa 39.200,00 zł Przystępujący wyliczył na czas realizacji zadania, czyli 56 dni - realizacja zadania brygadą 6 osobową czyli do realizacji potrzebny jest sprzęt:

- Koparka kołowa CAT 313D - spalanie 81/h = $81 \times 8h = 64l$
- Koparka gąsiennicowa CAT 308C - spalanie 51/h = $51 \times 8h = 40l$
- Samochód samowładowczy MAN 12t - spalanie 30l/roboczo dniówkę
- Samochód dostawczy (brygadówka) Mercedes Sprinter - spalanie 12l/100km czyli na dojazd i powrót $63km \times 2 = 126km$ czyli na 1 dzień 15 l

Spalanie w maszynach wynika z prowadzonego przez oferenta systemu tankowania, z którego wynika spalanie dzienne na podstawie, którego przyjmowane są koszty do poszczególnych ofert. Podsumowując $64l + 40l + 30l + 15l = 149l$ + paliwo do drobnego sprzętu ok. 10l = 159 litrów, taka ilość paliwa jest wystarczająca do realizacji zadania na jeden dzień roboczy. Ilość którą przyjął Odwołujący jest obliczona błędnie ponieważ przyjęto do wyliczenia pracę wszystkich maszyn wymienionych jakie posiada ZTHU S. K., a taka potrzeba w przypadku omawianego zadania nie występuje. Oferent zawsze przyjmuje zapas na ewentualne podwyżki cen jakie mogą wystąpić w czasie realizacji zadania. W przedstawionym przez Odwołującego cenniku hurtowym ORLEN należy przyjąć, iż każdy negocjuje własną cenę dostarczanego paliwa i od ceny hurtowej ORLEN należy odliczyć rabat, który wypracowuje się wraz z ilością zakupionego paliwa. Kwota 700 zł pozwoli bez problemu zakupić potrzebną ilość paliwa.

5. Zarzut odnośnie wysokości kosztów biurowych i kosztów utrzymania 28.000,00zł - każda firma ponosi koszty biurowe, które związane są z zatrudnieniem personelu, np. sekretarki, księgowej oraz koszty utrzymania. Koszty utrzymania w przypadku oferenta to koszty związane z utrzymaniem warsztatu, który oferent prowadzi we własnym zakresie aby obniżyć koszty napraw maszyn i urządzeń. Przedstawiona kwota wynika z analiz jakie przeprowadzane są w firmie ZTHU, dzięki temu Przystępujący może określić koszty biurowe i koszty utrzymania, schemat wyliczenia jest tajemnicą przedsiębiorstwa i w ocenie Przystępującego nie ma potrzeby jego ujawniania.

6. Odnośnie wątpliwości Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczący posiadanego doświadczenia umożliwiającego obniżenie ceny podaję, że doświadczenie w realizacji robót związanych z budową kanalizacji sanitarnych czy deszczowych ma bardzo duży wpływ na wysokość oferowanej ceny ponieważ: *„Nie każdy kto wykonał 100 mb kanalizacji sanitarnej jest w stanie wykonać 1km. ale każdy kto wykonał 1km jest w stanie wykonać 100 mb”*

Doświadczenie pozwala na szybszą i dużo tańszą realizację 1mb ponieważ nie jest potrzebny czas na ewentualne analizowanie jak pokonać daną przeszkodę gdyż takich przeszkód, które wymagają analizy w przypadku realizacji wielu zadań mogło być już kilka w innych realizowanych zadaniach i czas, który musi poświęcić inny wykonawca na analizę i ewentualne późniejsze wykonanie ZTHU ma już zaoszczędzony, budowa idzie płynnie bez zbędnych przestoju i podwyższania kosztów zadania. Firma ZTHU S. K. została założona w 2003 roku i od chwili założenia do dnia dzisiejszego wykonała wiele zadań polegających na budowie kanalizacji sanitarnej czy szerzej instalacji wodno-kanalizacyjnych, w tym także zadania o szerszym zakresie robót niż omawiane zamówienie.

Ad V. Zarzut odnośnie cenników cenotwórczych (str. 9 odwołania z 29.06.2020r.):

1. Z dokumentacji projektowej wynika, iż na realizowanym odcinku występuje grunt kat. I i II czyli piaszczysty, przepisy nie zabraniają wykorzystania tego gruntu do wykonania podsypki i obsypki zgodnie z dokumentacją projektową. Na odcinku projektowym nie ma konieczności wymiany gruntu, co wynika z dokumentacji projektowej jak i przedmiaru robót, który Zamawiający załączył w celu sporządzenia oferty przez ewentualnych wykonawców.
2. Koszt masy bitumicznej i kruszywa został wskazany w pozycji IV. 1
3. ZTHU S. K. posiada wiertnice poziomą, która pozwoli na realizację zadanie zgodnie ze projektem budowlanym, prawem budowlanym, BHP oraz SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznał, że:

1. Zamawiający nie naruszył przepisów prawa (zarzut nr 1 i 2 ze strony Odwołującego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz dokonanie wadliwej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego) dokonując rozstrzygnięcia omawianego przetargu. Udzielone wyjaśnienia potwierdzają, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych.
2. W kwestii zarzucanej treści oferty ZTHU niezgodności z SIWZ (zarzut nr 3) należy uznać, że w ugruntowanym orzecznictwie KIO wyrażono pogląd, że przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp zachodzi w sytuacji, w której oferowane Zamawiającemu świadczenie nie odpowiada wymogom opisanym w SIWZ. W omawianej sprawie sytuacja taka nie ma miejsca, ponieważ Odwołujący zakwestionował nie tyle przedmiot świadczenia, co jego wycenę. W konsekwencji oferta Przystępującego nie powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o wzmiankowaną podstawę prawną.
3. Chybiony jest także zarzut nr 4 jakoby Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art.

3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *"Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta"*. W omawianej sprawie Odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, aby spełnione zostały przesłanki zawarte w ww. przepisie w szczególności aby Przystępujący naruszył prawo lub dobre obyczaje.

W dniu 10.07.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający, po przeanalizowaniu złożonych wyjaśnień uznał, że cena ofertowa wyliczona przez ZTHU, nie jest ceną rażąco niską i zapewnia prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący do odwołania szczegółowo podał wysokość poszczególnych elementów składających się na zaproponowaną w ofercie cenę przedmiotu zamówienia. Wykonawca podał koszty zakupu materiałów niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia i przedłożył, w celu udokumentowania ich wysokości, ofertę dostawcy tych materiałów. Oferent podał też szczegółowe wyliczenie kosztów zatrudnienia 1 brygady pracowników, którzy będą wykonywać przedmiot zamówienia przez cały okres jego realizacji i koszty obsługi biurowej. Przystępujący do odwołania stwierdził ponadto w swoich wyjaśnieniach, że posiada sprzęt niezbędny do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (wyjaśnienia oferenta znajdują się w dokumentacji przedłożonej KIO). Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez ZTHU za wiarygodne i wyczerpujące i z uwagi na powyższe, po wyliczeniu punktacji ofertowej z uwzględnieniem drugiego kryterium oceny ofert, to jest okresu udzielanej gwarancji, uznał ofertę Przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu i dokonał wyboru oferty ZTHU do realizacji zamówienia publicznego. Informacja o wynikach postępowania została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 24.06.2020 r. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego do czynności dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający stoi na stanowisku, że są one nieuzasadnione i nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający nie zgadza się z przywołanymi przez Odwołującego zarzutami i podnosi, że to Zamawiający rozstrzyga każdorazowo, w odniesieniu do konkretnego

przypadku, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą decyzji podejmowanej w tym zakresie przez Zamawiającego są wyjaśnienia złożone przez oferenta i przedłożone przez niego dokumenty, które są analizowane w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w toczącym się przed Zamawiającym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt, że cena ofertowa jest niższa o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen z pozostałych złożonych ofert nie oznacza automatycznie, że cena ta jest rażąco niska. Na wysokość ceny określonej w ofercie składanej w przetargu publicznym wpływa bowiem wiele czynników, które często są bardzo indywidualne dla danego oferenta i wynikają ze specyfiki funkcjonowania danego przedsiębiorcy na rynku, organizacji pracy, posiadanego zaplecza osobowego i sprzętowego, kosztów zatrudnienia, kosztów obsługi biurowej i innych elementów uwzględnianych przy obliczaniu ceny zamówienia. Dysproporcja cen zaoferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie oznacza, że cena najkorzystniejszej oferty jest rażąco niska. Jak podniesiono bowiem wyżej jej wysokość jest uzależniona od efektywności działania o ponoszonych przez konkretny podmiot kosztów prowadzonej działalności. W ocenie Zamawiającego cena ofertowa zaproponowana przez firmę ZTHU jest ceną niską, ale nie rażąco niską, co potwierdzają złożone przez oferenta na jego żądanie wyjaśnienia i dokumenty. Potwierdzają to również dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty załączone przez tego przedsiębiorcę w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego, zawierające potwierdzenie ponoszonych kosztów związanych z funkcjonowaniem działalności gospodarczej. Cena ta nie jest nierealistyczna i niewiarygodna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał w swoim odwołaniu, że cena zaoferowana przez Przystępującego do odwołania nie jest ceną rynkową oraz że wyliczone przez niego koszty realizacji zamówienia są nieprawdziwe i niezgodne z rzeczywistością. Zamawiający stoi na stanowisku, że za cenę rażąco niską można uznać tylko cenę, która całkowicie odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że może doprowadzić do braku zysku po stronie potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego, a taka sytuacja nie występuje w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zrealizował już zamówienia publiczne podobne do przedmiotu zamówienia objętego zarzutami odwołania i jest w stanie ocenić, czy podana cena ofertowa pozwala zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z jego wymaganiami. Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia oferenta, którego oferta została wybrana do realizacji przedmiotu zamówienia oraz załączone do oferty dokumenty a oferta ta

spełnia w pełnym zakresie wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego z SIWZ. Zamawiający zrealizował dyspozycję art. 90 ust. 1a Pzp i wezwał oferenta, którego oferta budziła wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej i w ten sposób wykonał obowiązek nałożony przez ustawodawcę. Wyjaśnienia ZTHU, zarówno te złożone na etapie dokonywania wyboru oferty przez Zamawiającego, jak i te poparte nowymi dowodami na etapie przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego, dodatkowo potwierdzają, że stanowisko Zamawiającego i podjęte przez niego czynności są prawidłowe i nie naruszają przepisów Pzp w żadnym z podnoszonych przez Odwołującego zakresów.

Oferta złożona przez ZTHU nie zawiera rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 a Pzp i zapewnia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca ten posiada również niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia doświadczenie, które pozwala mu na obniżenie kosztów poprzez unikanie błędów w toku realizacji. Zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ oferta wybrana jako najkorzystniejsza odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, a zarzut Odwołującego dotyczy sposobu wyliczenia ceny, a nie braku zaoferowania realizacji któregoś z elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający stoi również na stanowisku, że złożenie oferty przez Przystępującego do odwołania nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie zawiera elementów niezbędnych do uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 roku, poz. 1010, ze zm.). Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, że Przystępujący do odwołania działał sprzecznie z prawem, dobrymi obyczajami lub też zagrażał swoimi działaniami lub naruszał nimi interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający popiera w całej rozciągłości argumentację zawartą w przystąpieniu do odwołania po swojej stronie przedstawioną przez ZTHU.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej

pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ oraz załączników. Dodatkowo wezwanie z 10.06.2020 r. oraz wyjaśnienia z 17.06.2020 r., jak i informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 24.06.2020 r. Nadto, dowód z dokumentacji projektowej złożonej na rozprawie przez Zamawiającego w wersji elektronicznej.

Dotyczy to także wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 18.06.2020 r. i złożonego w dniu 22.06.2020 r. w odpowiedzi uzupełnienia w tym trybie zawierającego m.in.

- 1) wykaz robót i wykaz osób skierowanych do realizacji zadania;
- 2) trzy poświadczenia i referencje na rzecz Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K.,
- 3) kserokopie uprawnień budowlanych dla kierownika budowy (uprawnienia + aktualna Izba),
- 4) kserokopie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków;
- 5) kserokopie zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Dodatkowo zaliczył poczet materiałów dowodowych załącznik do wyjaśnienia z 17.06.2020 r.:

- dwustronicową - wycenę materiałów – p. P. O. „SANITECH” Częstochowa.

Izba dopuszcza formalnie jako dowód dołączone do przystąpienia przez Przystępującego załączniki:

- 1) kopię ofert dotyczących cen materiałów drogowych (kruszywo łamanego, masy bitumicznej);
- 2) kopie umów o pracę, aneksów do nich, pasków z wypłat za maj 2020 r. /dotyczy 6 osobowej brygady oraz kierownika budowy/;
- 3) kopie faktury dotyczącej zakupu wiertnicy poziomej;
- 4) 5 kopii poświadczeń i referencji na rzecz Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZTHU pomimo iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. Art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez ZTHU i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta ZTHU nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ZTHU, pomimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZTHU, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZTHU, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz przystąpienia Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Ich ocena był odmienna między stronami.

Zamawiający w dniu 10.06.2020 r. wystosował pismo (wezwanie) w ramach którego: *„Dotyczy: wezwanie do wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia - „Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Siemkowice”*

W złożonej ofercie Wykonawca podał cenę brutto 474 864,68 zł, która jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) wzywa

Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:

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

Wyjaśnienia i dowody należy złożyć do dnia 17.06.2020 r. (środa) do godz. 14:00,

Wyjaśnienia i dowody można złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - prawo pocztowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1481), osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2017 r. poz. 1219).

Zgodnie z art. 90 ust 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.”.

W odpowiedzi Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy S. K. udzieliło w dniu 17.06.2020 r. następujących wyjaśnień:

„W odpowiedzi informujemy iż nasza cena brutto 474 864,68zł tj. netto 386 068,85zł nie powinna budzić wątpliwości ponieważ koszt materiałów oraz opłat niezbędnych do realizacji całego zamówienia to kwota netto 140 028,10 zł na potwierdzenie głównych materiałów składamy w formie załącznika ofertę. Czas jaki oferent potrzebuje na zrealizowanie zadania z wykorzystaniem 1 brygady to 56 roboczo dni. Koszt związany z zatrudnieniem przez ten czas to 56dni * 1 730,00zł/dzień brygada 6 osobowa = 96 880,00zł, koszt paliwa potrzebnego do wykonania zadania 56dni * 700,00zł = 39 200,00zł. Czas który wyliczył oferent wynika z bardzo dużego doświadczenia jakie posiada oferent w realizacji tego typu zadań. Koszty jakie ponosi jeszcze oferent związane z realizacją to koszty biurowe oraz utrzymania tj.: 56 dni * 500,00 zł = 28 000,00zł. Suma wszystkich kosztów: 140028,10+96880,00+39200,00+28000,00=304 108,10 zł netto. Oferent nie ponosi

żadnych innych kosztów ponieważ posiada cały niezbędny sprzęt potrzeby do realizacji zadania począwszy o maszyn drogowych (frezarka, walec drogowy, walec guma-stal, walec stalowy, zmiatarka, skraplarka, rozścielacz Vogel 1800-3i), przez maszyny do budowy kanalizacji (koparka kołowa CAT - 4szt, koparka gąsiennicowa CAT - 3szt, koparka midi CAT - 2szt, koparka midi Kubota – 2 szt, szalunki do wykopów, larseny, pompy do igłofiltrów 5szt, walec okołkowy 3 szt, zagęszczarki 5szt, zgrzewarki PE, niwelatory oraz inny drobny sprzęt) po samochody do transportu zarówno w czasie budowy kanalizacji jak i drogi (samochód 3 osiowy MAN – 4 szt, samochód 3 osiowy Mercedes – 1 szt) oraz samochody do transporty kruszywa i masy bitumicznej (MAN 40 ton – 1 szt, Mercedes 40ton – 4 szt). Posiadamy również sprzęt niezbędny do odbiorów (WUKO, Kamera, płyta do badania zagęszczeń). Tak bogata baza sprzętowa oraz bogate doświadczenie personelu wykonawczego który jest zatrudniony u oferenta zgodnie z ustawą pozwala na osiągnięcie tak konkurencyjnej ceny.

Podsumowując cena netto zadania 386 068,85zł - koszty 304 108,10zł = 81 960,75zł netto co daje kwotę brutto 100 811,72 zł - kwota ta jest kwotą jaka pozostaje wykonawcy czyli jest jego zyskiem, który pozwoli zrealizować zadanie zgodnie z projektem, sztuką budowlaną oraz normami i przepisami BHP. W związku z czym oferent uważa iż zaproponowana cena brutto 474 864,68zł jest ceną realną do wykonania zadania.”

Złożył ofertę – dwustronicową - wycenę materiałów – p. P. O. „SANITECH” Częstochowa.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów. Dotyczy to zwłaszcza zarzutu trzeciego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu 1 i 2, Izba uznała, że z uwagi na ich charakter należy je rozpoznać łącznie, w konsekwencji stwierdzając, że podlegają one uwzględnieniu.

Należy w tym kontekście wstępnie wskazać, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Zaś, jak podnosi się za orzecznictwem: „(...) Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) możliwe jest dopiero w przypadku uprzedniego

*przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wszczętego przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 albo art. 90 ust. 1a ww. ustawy” (wyrok KIO z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1164/18). Zgodnie, zaś z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa we wskazanej normie, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie wskazano na wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a Pzp, gdzie Ustawodawca określił *ex lege* przesłankę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 Pzp sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 Pzp – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy – którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, więc w wyniku negatywnej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”. Podobnie w wyroku KIO z 22.05.2020 r., sygn. akt: KIO 410/20.*

Jednocześnie, jak w tym przypadku, konieczne jest podnieście, że w razie wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający ma również obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, jeśli zajdą ku temu przesłanki określone w Pzp. Ryczałt nie zabezpiecza Zamawiającego przed możliwością zaoferowania mu ceny, która nie ma rynkowego charakteru. Zgodnie z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 05.02.2016 r., sygn. akt KIO 2872/15: „(...) w zakresie rażąco niskiej ceny oferty z wynagrodzeniem ryczałtowym należy zauważyć, że zasadność badania kwestii prawidłowości oszacowania przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia zapobiega sytuacjom, w których wybrana oferta pomija wykonanie istotnych z punktu widzenia określenia ceny elementów przedmiotu zamówienia, bądź wycenione w niej zostały rozwiązania konstrukcyjne (materiały) znacznie tańsze od oczekiwanych przez zamawiającego. W takich sytuacjach cena oferty wykonawcy

– nawet przy uwzględnieniu charakteru wynagrodzenia, jakie miałyby otrzymać w następstwie realizacji zamówienia – będzie nosić znamiona rażąco niskiej, gdyż w kwocie ryczałtu nie będą mieściły się pominięte w ogóle, bądź ujęte nieodpowiednio elementy mające składać się na przedmiot zamówienia”; czy też za wyrokiem KIO z 21.11.2017 r., sygn. akt KIO 2347/17: „(...) Takie uprawnienie [do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – przyp. autora] zamawiający posiada nawet w przypadku, gdy przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy. (...) Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny, w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy”; jak również za wyrokiem KIO z 09.03.2018 r., sygn. akt KIO 334/18, KIO 336/18: „(...) odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego nakierowanej na fakt przewidzenia wynagrodzenia ryczałtowego należy podnieść, że stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie pozostaje co do zasady bez związku z charakterem wynagrodzenia. Tym bardziej że sam przepis odnosi się do badania ceny, a nie wynagrodzenia, więc zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, cena oferty może być rażąco niska”.

Następnie, należy zauważyć, w kontekście przedmiotu sporu, że ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy i każdorazowo to Wykonawca musi wykazywać okoliczności na potwierdzenie braku podstaw do uznania zaoferowanej przez niego ceny za rażąco niską. Winien to uczynić na etapie wyjaśnień, nie zaś dopiero *de facto* w przystąpieniu (lista dowodów wskazana powyżej w uzasadnieniu) oraz na rozprawie, jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. Zgodnie z orzecznictwem (za wyrokiem KIO z 4 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2387/18: „(...) Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulegą również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym”.

Izba podkreśla, że biorąc pod uwagę enigmatyczny i hasłowy charakter złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w dniu 17.06.2020 r. (1 strona + 1 cennik ofertowy) należy uznać, że nie zostały one złożone, czyli miał miejsce ich brak. Zgodnie bowiem

z wyrokiem KIO z 13.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2197/19: „Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.”

Jednocześnie, konieczne jest stwierdzenie, że nie wystarczy przedstawienie określonych twierdzeń, bez poparcia ich konkretnymi dowodami (część dowodów zostało złożone dopiero w przystąpieniu, nadal jednakże np. nie przedstawiono dowodów na potwierdzenie że wykazany w wyjaśnieniach sprzęt jest własnością Przystępującego). W zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, że: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczności.”. Podobnie w wyroku KIO 17.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2520/18.

W ocenie Izby, nieprawidłowe przeprowadzenie przez Zamawiającego weryfikacji sposobu kalkulacji ceny spowodowało, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą doszło do quasi postępowania wyjaśniającego cenę Przystępującego, kiedy rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności jednostki Zamawiającej w przetargu.

Informacje zawarte w przystąpieniu zostały podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym przed KIO i Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania, że informacje te były podstawą do dokonywania przez zamawiającego czynności w przetargu. Umknęło uwadze Przystępującego, że to termin składania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jest właściwym etapem na przedstawienie swojego szczegółowego stanowiska, wskazanie czynników obniżających cenę, pokazanie pełnych wyliczeń i złożenie dowodów (art. 90 ust. 2 Pzp), bowiem Izba – oceniając działanie Zamawiającego – bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez Zamawiającego danych czynności. Zatem bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, a więc, że dokonano na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, należy uznać twierdzenia te za spóźnione. Na obecnym etapie Izba ocenia poprawność działań Zamawiającego, a więc okoliczności nieujawnione Zamawiającemu i dowody, których nie złożono na wezwanie do wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, zostały pominięte i nie były brane pod uwagę (mimo ich formalnego zaliczenia w poczet materiału dowodowego). Jak trafnie wskazał SO w W-wie w wyroku z 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09: „w ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych elementów celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na rozprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte po uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego”. Skład orzekający Izby argumentację tą podziela i przyjmuje za własną.

Jednocześnie, należy zauważyć, że skoro pewne dowody Przystępujący złożył wraz z przystąpieniem a nie podczas wyjaśnień, świadczy to o tym, że Przystępujący mógł je złożyć wraz z wyjaśnieniami, i nie było żadnych przeszkód ku temu, a nie uczynił tego z uwagi na niedochowanie należytej staranności lub zbyt pochopne uznanie, że nie ma takiej konieczności, mimo iż w wezwaniu z 10.06.2020 r. Zamawiający wyraźnie wskazywał na konieczność ich złożenia. Izba ponownie wskazuje w tym kontekście, za orzecznictwem - wyroki KIO z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1702/17: „(...) Zastosowanie trybu wyjaśnień

w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) oznacza, że zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiegokolwiek wyjaśnienia ogólne, nieoparte dowodami”.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że biuletynowy charakter postępowania przetargowego nie jest zezwoleniem na prowadzenie postępowania w sposób uznaniowy. Ustawodawca w swej mądrości uznał, że aby uniknąć zbyt dużej uznaniowości w postępowaniach biuletynowych mają one podlegać kontroli w ramach środków ochrony prawnej, wychodząc naprzeciw postulatam licznych gromad pracodawców oraz doktryny. Przejawem tego jest także, to, że Wykonawca składając wyjaśnienia ma wykazać realność zaoferowanej ceny, ma to przeciwdziałać automatyzmowi w uznawaniu ceny za rażąco niską. Jednocześnie, Zamawiający nie może opierać się w ocenie otrzymanych wyjaśnień na własnej wiedzy („Według wiedzy zamawiającego firmy w zakresie zakupu kruszywa radzą sobie w różnoraki sposób i zakupują go w bardzo przystępnych cenach”) lub też zaufaniu jakim darzy danego Wykonawcę. Postępowanie ma charakter transparenty. Zasada jawności wymaga czytelności czynników na jakich oparł się Zamawiający w ocenie złożonych wyjaśnień. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 24.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1806/18: „Podnieść należy, że ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź.” Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: „(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości

co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (...) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)" . W tym kontekście, jak wykazała rozprawa, Zamawiający przyjął błędne założenie, że Przystępujący ma własną wiertnicę horyzontalną (czemu zaprzeczył wprost Przystępujący na rozprawie), co jest dość istotne z punktu widzenia kosztów, jakie generuje jej brak w kontekście narzuconej przez Zamawiającego technologii realizacji części zadania. Przystępujący nie wykazał żadnego urządzenia na tę okoliczność, mimo specyficznego i generującego znaczny koszty charakteru takich przewiertów. Ewentualne działania, które miałyby na celu inny sposób realizacji takich przewiertów wiązałyby się z koniecznością odtworzenia chodników, masy bitumicznej czy też przekładaniem infrastruktury, czemu żadna ze stron nie przeczyła. Wiertnica horyzontalna wymaga pewnego zagłębienia w ziemię, ale nie jest to tak daleko idący wykop jak przy wiertnicy poziomej. Ewentualnie alternatywne działanie w tym zakresie grozi daleko idącymi skutkami dla infrastruktury liniowej i kosztami z jej odtworzeniem. Przystępujący bagatelizował znaczenie tego urządzenia, jak i eksponował technikę bazująca na wiertnicy poziomej, zupełnie abstrahował od faktu narzucenia określonej technologii przez Zamawiającego.

Podczas rozprawy Przystępujący przedstawił także argumentację w ramach której podważał zasadność swojego wezwania, w kontekście zmniejszenia zakresu zamówienia względem pierwotnej, przy zachowaniu tej samej kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Abstrahując od tego, że kwestia ta pojawiła się dopiero na etapie rozprawy, a Przystępujący nie kwestionował zasadność samego wezwania w wyjaśnieniach, Izba zwraca uwagę że Zamawiający wyraźnie wskazał w wezwaniu z 10.06.2020 r., że zaoferowana cena jest niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W konsekwencji powyższej okoliczności oraz tego, że nie zaszyły przesłanki wyłączające zastosowanie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, o których mowa in finito wskazanego przepisu, czynność Zamawiającego dotyczącą wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną. Zgodnie bowiem z orzecznictwem za wyrokiem KIO z 08.05.2018 r., sygn. akt: KIO 769/18: „(...) *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) przewiduje obowiązek zamawiającego wszczęcia procedury*

wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy spełnione są przesłanki arytmetyczne, tj. przekroczony jest próg 30% w stosunku do wartości zamówienia albo do średniej arytmetycznej złożonych ofert, bądź gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego”.

W zakresie zaś kwestii szczegółowych Przystępujący nie tylko w żaden sposób nie wykazał, że jest właścicielem wykazanego sprzętu w wyjaśnieniach (na rozprawie stwierdził, że: „*Nie widział potrzeby przedstawiania na tą okoliczność dowodów*”), na co Izba wskazywała już wcześniej powyżej, ale nie przedstawił żadnych wyjaśnień ani dowodów odnośnie kosztów biurowych (np. wynajmu biura). Nadto, ostatecznie nie wiadomo, za jaką cenę dokonuje zakupu paliwa Przystępujący, gdyż na rozprawie stwierdził, że oprócz rabatu wynikającego z zakupu hurtowego (o czym pisał w odwołaniu Odwołujący) ma własny indywidualny rabat. Przystępujący w tym kontekście fakt otrzymania takiego rabatu w żaden sposób nie udowodnił. Podkreślenia wymaga, że tego rodzaju okoliczność wymaga złożenia dowodu, np. w postaci zindywidualizowanej umowy w tym zakresie. Wykonawca obowiązany jest wskazać wysokość otrzymanego rabatu, jego wpływ na zaoferowaną cenę oraz dowody potwierdzające fakt jego otrzymania. Brak dowodów powoduje, że wyjaśnienia Przystępującego pozostają jedynie gołosłownymi twierdzeniami, które nie uzasadniają zaoferowanej ceny.

Izba wskazuje także na zaistniałe niespójności i niekonsekwencje w stanowisku Przystępującego i zmiany, gdyż zasadnie Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach powoływał się na dość znaczną ilość sprzęt do transportu kruszywa, a w samym przystąpieniu mówi jedynie o jednym samochodzie samowładowczym do transportu 80 ton kruszywa. Nadto, dopiero w przystąpieniu, Przystępujący stwierdził, że podczas realizacji zadania nie cały sprzęt będzie pracował przez 56 dni. Izba nie przeczy, że harmonogram jako taki nie był wymagany przez Zamawiającego, jeżeli jednak jak w tym wypadku, Przystępujący opiera swoje wyjaśnienia i przedstawione tam wyliczenie o realizację zadania w 56 dni przez 6 osobową brygadę + Kierownik Budowy - winien udowodnić, tą okoliczność, chociażby poprzez ten harmonogram, tym bardziej, że w toku rozprawy nie przeczył, iż wiertnice (obsługuje więcej niż jedna osoba, stwierdził, że dwie osoby, Odwołujący, że trzy. Wykazał na etapie przystąpienia jako swoją własność wiertnicę poziomą), co eliminuje te osoby od realizacji prac na innym odcinku zadania. Twierdził także, że określone odwierty będą dokonywane na danym odcinku i są wliczone w owe 56 dni. Dowody dotyczące kruszywa i materiału bitumicznego pojawiły się dopiero na etapie przystąpienia. A dodatkowe

wyjaśnienia dotyczące kosztów z tym związanych Przystępujący przedstawił dopiero na rozprawie, które wobec braku ostatecznej ceny paliwa (wobec nieznanego rabatu – twierdzenie że koszt paliwa to 5 PLN na tonie przy kruszywie i jest ujęty w cenie 37 PLN i 40 PLN przy masie bitumicznej nie zostało w żaden sposób udowodnione, nadto jest spóźnione) są gołosłowne. Twierdzenia także z rozprawy, że istnieje możliwość zwiezenia z kopalni 80 ton kruszywa przy okazji dojazdu do budowy na składowisko pośrednie, same zaś prace związane z kruszywem oraz odtworzeniem masy bitumicznej przewidziane są na okres dwóch dni w ramach realizacji zamówienia, co jest wliczone w 56 dni realizacji zamówienia. Wobec braku harmonogramu i pojawienie się dopiero na rozprawie, w ocenie Izby, ma charakter polemiczny względem stanowiska Odwołującego. Izba wskazuje że wyjaśnienia co do części brakujących kosztów zostały przedstawione dopiero w przystąpieniu, zaś nadal nie przedstawiono kosztów wykonania przewiertów, robót ziemnych przygotowawczych, odszkodowania dla właścicieli ziemi. Wyjaśnia, iż te koszty są o tyle istotne, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a sam Zamawiający w rozdziale 13 SIWZ w końcowej części wskazał i wyliczył określone koszty, które należy ująć w tej ryczałtowej cenie, w tym m.in. koszty odszkodowania. Istniały też daleko idące rozbieżności w stanowisku Zamawiającego i Przystępującego co do tego czy dodatkowy piasek będzie konieczny czy też nie przy realizacji zadania. Przystępujący stwierdził, że wystarczy piasek z odzysku, a Zamawiający, iż w znacznej części. Wszelkie ewentualne dalsze stanowisko w tym zakresie, Izba uznaje za co najmniej niespójne, za wyjątkiem kategorii gruntów (I lub II klasa). Izba pozwoli sobie wskazać, że doświadczenie życiowe raczej wyklucza brak potrzeby wykorzystania dodatkowe piasku i bazowanie jedynie na piasku z odzysku /jeden do jednego/. W konsekwencji Przystępujący nie wykazał kosztu z tym związanego.

Izba, w tym kontekście uznała, że nie może mieć miejsca w tych okolicznościach sprawy ewentualne dopytanie, gdyż zgodnie z orzecznictwem – za wyrokiem KIO z 03.02.2016 r., sygn. akt: KIO 77/16): „(...) art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) pozwala zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, jednak w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne, szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami, ale jakieś elementy tych wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Jest to prawo zamawiającego, a nie jego obowiązek. Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, do czego mogłoby dojść, gdyby zamawiający zwracając się

powtórnie o wyjaśnienia, sugerował wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć". Dodatkowo - za wyrokiem KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17 oraz wyrokiem z 27.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1060/19: „Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody, których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień, czy też brak wskazania) – braku współpracy ze strony Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia – tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to, co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów – brak ich załączenia do wyjaśnień – to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16.”

Inaczej mówiąc ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę - na pierwsze wezwanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba wskazuje, że podlega on uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba zgadza się ze stanowiskiem orzecznictwa, że informacje uzyskane od Wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ. Przykładowo: „Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia.” (wyrok KIO z 15.04.2019 r., KIO 522/19). Podobnie miało miejsce w wyroku KIO z 05.10.2017 r., sygn. akt: KIO 1938/17.

Analiza postanowień SIWZ oraz informacji zawartych w przedmiarach daje podstawę do uznania, że w ramach obu odcinków zadania przewidzianego przez Zamawiającego do realizacji, Zamawiający dokonał świadomego rozróżnienia. W ramach bowiem przedmiarów z 21.04.2020 r. dla odcinka ul. Dworcowa – poz. 2 d.1 wskazano wykonanie odcinka 270m metodą przewiertu sterowanego - wg. opisu przedmiaru: przeciskiem sterowanym z żerdzią pilotową z rur PEHD o śr. DN 200 mm, dl. przecisku ponad 30 m, grunt kat. III-IV. obmiar

270m, co zostało umotywowane w ramach ogólnej charakterystyki obiektu (w tych przedmiarach) /„Kosztorys inwestorski budowy kanalizacji ścieków sanitarnych na odcinkach od istniejącej studni S-34 do studni S-38. S35 do S35.2, S-36 do S36.1" - Kolektor nr 3 do zlewni P-2 sporządzono metodą kalkulacji szczegółowej programem Norma STD 4.25 na podstawie przedmiarów kosztorysu pierwotnego opracowanego przez Pracownię Inżynierii Ochrony Środowiska z dnia 15.07.2011r., Projektu budowlanego, wytycznych Inwestora w sprawie wykonania wytypowanych odcinków metodą przewiertu sterowanego oraz Decyzji o pozwoleniu na budowę Nr723/2013 z dnia 18.12.2013r. Kosztorys opracowano na poziomie cen i wskaźników średnich aktualnie występujących na rynku produkcji budowlanej w województwie łódzkim wg opracowań Secocenbud IV kw. 2019 r. Stawkę podatku VAT w wysokości 23% ustalono na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług. Materiały przyjęte do kosztorysu zamiennie przy technologii przewiertu sterowanego. (...)”/. Nadto stwierdzono – w ramach Klauzuli o uzgodnieniu kosztorysu: „(...) ZE WZGLĘDU NA ZAGOSPODAROWANIE TERENU PO WYKONANIU PROJEKTU BUDOWY KANALIZACJI SANITARNEJ OPRACOWANIE OBEJMUJE WYKONANIE WYBRANYCH ODCINKÓW PRZEWIERTEM STEROWANYM W CENTRUM MIEJSCOWOŚCI SIEMKOWICE. DO WYKONANIA METODĄ BEZWYKOPOWĄ PRZYJĘTO NASTĘPUJĄCE ODCINKI KANAŁU SANITARNE GO; OD ISTNIEJĄCEJ STUDNI S-34 DO STUDNI S-38, ODS-35 DO S35.2 I S-36 DO S-36.1 (...)”.

W odróżnieniu od przedmiarów dla odcinka ul. Dziegieciów, gdzie w ramach ogólnej charakterystyki obiektu (w tych przedmiarach) stwierdza się, że: „Kosztorys inwestorski budowy kanalizacji ścieków sanitarnych w Siemkowicach w ulicy Dziegieciów - Kolektor nr 5 do zlewni P-1 sporządzono metodą kalkulacji szczegółowej programem Norma STD 4.25 na podstawie przedmiarów kosztorysu pierwotnego opracowanego przez Pracownię Inżynierii Ochrony Środowiska z dnia 15.07.2011r., Projektu budowlanego, wytycznych Inwestora w sprawie rezygnacji z wykonania przecisków pod drogą na rzecz wykopów otwartych z odtworzeniem nawierzchni oraz Decyzji o pozwoleniu na budowę Nr723/2013 z dnia 18.12.2013r. Zakres opracowania od studni S83 do studni S105. Kosztorys opracowano na poziomie cen i wskaźników średnich aktualnie występujących na rynku produkcji budowlanej w województwie łódzkim wg opracowań Secocenbud IV kw. 2019 r. Stawkę podatku VAT w wysokości 23% ustalono na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług. Materiały przyjęte w projekcie. (...)”. Powiela to kosztorys inwestorski Zamawiającego. Inaczej mówiąc Zamawiający - narzucił w pierwszym wypadku technologii wykonania wiertnicą horyzontalną (bezwykopową/bezrozkopową), w drugiej dopuszczając de facto inna technologie, jak

34

wykazała rozprawa wiertnice poziomom (wykopu otwarte). Izba podkreśla, że w tym wypadku nie mają zastosowania postanowienia SIWZ z pkt. 3.10 SIWZ dotyczące rozwiązań równoważnych. Nadto, Zamawiający jak pokazała rozprawa nie wiedział, że Przystępujący zamierza zastosować inną technologię, gdyż był przeświadczony, że Przystępujący ma wiertnice horyzontalną. Izba przypomina, że zastosowanie odmiennej technologii winno być Zamawiającemu uświadomione na etapie oferty, a nie jak zamierzał Przystępujący przy realizacji zadania. Jeśli Przystępujący uznawał, że nie ma przeszkód aby zastosować inną technologię niż narzuconą przez Zamawiającego winien to uzgodnić przed złożeniem oferty, gdyż w wypadku zgody Zamawiającego informacją w tym zakresie winni dysponować wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego. Nadto, ewentualne wyegzekwowanie zastosowania tej technologii (poprzez zakup lub wynajęcie wiertnicy horyzontalnej) mogłoby narazić Przystępującego na wymierne straty. Izba wskazuje także że zgodnie z Rozdz. 13 pkt 13.5 SIWZ Wykonawca musiał obliczając cenę oferty uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez Wykonawcę w określeniu ceny. W konsekwencji nie służył przedmiar tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, choć podstawą do opracowania ceny ryczałtowej była dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. (pkt 13.2 SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba wskazuje, że podlega on oddaleniu.

Izba wskazuje, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę nie jest równoznaczne z czynem nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca rozróżnił te dwie sytuacje jako dwie osobne podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. Tymczasem uzasadnienie zarzutu w odwołaniu w tym kontekście jest gołosłowne i odwołuj się generalnie do tej samej argumentacji, która została wskazana przy zarzucie dotyczącym złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem orzecznictwa (za wyrokiem KIO z 08.02.2017 r., sygn. akt: KIO 176/17): „(...)Izba oponuje, przeciwko "mechanicznemu" utożsamianiu obu zarzutów - tzn. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, gdyż są to zgoła odmienne normy. Podejście do kwestii rozwiązań utrudniających dostęp do rynku w kontekście danego postępowania o zamówienie publiczne bywa różne. Izba podnosi, że w doktrynie (D. Szczepański: Rażąco niska cena. "Lex", nr 96117) zwraca się również uwagę na to, że cena rażąco niska jest mylnie utożsamiana

z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów UZNK oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Dz. U. 2007, nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z pierwszą ustawą, dumping ujęty jest jako sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Zgodnie z przepisami taki czyn należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający faktycznie na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu wyeliminowania konkurencji (M. Krasnodębska- Tomkiel: Cena jest istotnym elementem rywalizacji. "Zamówienia Publiczne. Doradca" 2012, nr 5, s. 13). Na gruncie Pzp Zamawiający nie jest w stanie udowodnić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wspomnianych przepisów z uwagi na konieczność udowodnienia przesłanki eliminowania innych przedsiębiorców. (...)"

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....