

Sygn. akt: KIO 3516/21

**WYROK
z dnia 21 grudnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2021 r. przez wykonawcę AG System sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie postępowaniu prowadzonym przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego M. sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy-Zdrój zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3516/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę AG System sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AG System sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy AG System sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zadanie nr 13 (Kontrakt 13) Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Skawina, Ochodza.”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 30 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 167-438589.

W dniu 23 listopada 2021 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu: AG System Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego M. sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy-Zdrój.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 3 grudnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1.1. powyższym wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i/lub art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej p.z.p. lub ustawą Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub .koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1913 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1010; „u.z.k.”),
- 1.3. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy lub odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. w sytuacji, gdy Wykonawca wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 12 listopada 2021 r. do złożenia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego (tj. w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt I, 2 i 4 p.z.p.; dalej „KRK”) nie zastosował się należycie do wezwania Zamawiającego składając dokumenty sporządzone wcześniej niż 6 miesięcy przed datą ich złożenia (tj. datowane na dzień 10. maja 2021 r.), które nie odpowiadały również wymogom wynikającym z rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy lub ewentualnie (wobec pkt 1.2. i 1.3 powyżej),

1.4. zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia prawidłowego podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego (w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 p.z.p.) sporządzonej nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed jej złożeniem, w sytuacji, gdy dokumenty złożone przez Wykonawcę w załączeniu do pisma z 15 listopada 2021 r. były niezgodny z wymogiem wynikającym z § 2 ust. 1 pkt I powyższego rozporządzenia (jako że były datowane na 10 maja 2021 r.).

Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 p.z.p. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę i rażąco niskie koszty w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie wykazał, aby zaoferowana cena i koszty (w tym ich części składowe) nie były rażąco niskie;

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.k. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu — w sposób niezgodny z prawem i zagrażający interesom pozostałych wykonawców — dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez oferowanie towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu celem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku;

2.3. naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. a-h, pkt 2) i pkt 4), art. 124 pkt 1, art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia dokumentowego polegające na:

(i) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z przetargu w sytuacji, gdy Wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia, przedstawiając na dowód powyższej okoliczności dokumenty starsze aniżeli wymagane przepisami prawa i niezgodne z tymi przepisami (tj. informacje KRK datowane na ponad 6 miesięcy przed datą ich złożenia), lub ewentualnie;

(ii) zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia informacji KRK w terminie wskazanym przez Zamawiającego ze względu na przedłożenie przez Wykonawcę dokumentu starszego aniżeli wymagany przepisami prawa i niezgodnego z tymi przepisami;

2.4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) lub ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji KRK potwierdzającej brak podstaw wykluczenia w przewidzianym do tego terminie nie przedstawił dokumentu zgodnego z żądaniem Zamawiającego (tj. nie starszego niż 6 ms. przed datą jego złożenia), spełniającego wymogi wynikające z 2 ust. 1 pkt I rozporządzenia

dokumentowego, tym samym nie wykazując również braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o:

3.1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1.1. unieważnienia czynności "boru najkorzystniejszej oferty; oraz

3.1.2. odrzucenia oferty Wykonawcy lub ewentualnie wkluczenia Wykonawcy lub ewentualnie wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia w terminie wskazanym przez Zamawiającego; oraz

3.1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert; oraz

3.1.4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu;

3.2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w tym dowodu z:

3.2.1. dokumentów na okoliczność ich treści oraz na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;

3.2.2. opinii biegłego właściwej specjalności na okoliczność zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny i rażąco niskich kosztów (jednostkowych pozycji kosztorysowych), w tym w szczególności na okoliczność całkowitego kosztu realizacji Zamówienia, braku możliwości należytej realizacji całości przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz wynikającymi z przepisów prawa za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę oraz na okoliczność braku możliwości osiągnięcia przez Wykonawcę zysku przy realizacji Zamówienia za cenę ofertową tego Wykonawcy;

3.3. wezwanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie Zamówienia zgodnie z 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Część dowodów zawnioskowanych w odwołaniu znajduje się już w aktach tego postępowania, dlatego dowody te nie będą załączane odrębnie do niniejszego odwołania;

3.4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym także — w razie wstąpienia do sprawy pełnomocnika profesjonalnego po stronie Odwołującego — kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W swoim odwołaniu Odwołujący przyznał, że wprawdzie Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, jednakże zakwestionował ich

rzetelność i prawdziwość, a także aby w ogóle dowodziły one, że cena, jak i poszczególne koszty (stanowiące jej składowe) nie były rażąco niskie.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie sprostął on ciężarowi wykazania, aby zaoferowana przez niego cena ofertowa i składające się na nią koszty jednostkowe były rynkowe, a przy tym nierażąco niskie.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i 5 p.z.p. ciężar dowodowy został przeniesiony na Wykonawcę w związku z wątpliwościami, które powziął sam Zamawiający na etapie postępowania przetargowego.

Według Odwołującego - do wątpliwości tych Wykonawca winien był odnieść się odnieść w sposób merytoryczny i szczegółowy, a zatem taki, który stwarzałby faktyczną możliwość obiektywnej oceny czy zaoferowane ceny i koszty są na poziomie rynkowym i nierażąco niskim, a także że nie stanowią one cen dumpingowych i nie eliminują z rynku pozostałych wykonawców.

W ocenie Odwołującego – Przystępujący zaoferował wykonanie studni przyjmując rażąco niski jej koszt, bowiem w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępujący wyjaśnił, że kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia ofertę firmy Kaprin sp. z o.o., a także dołączył do wyjaśnień ofertę ww. dostawcy na studnie DN2000.

W związku z tym Odwołujący zauważył, że o ile faktycznie dla zwykłych studni DN2000 ceny podane w ofercie Kaprin są realne (rynkowe), tak jednak z dokumentacji przetargowej (w tym z wyjaśnień samego Zamawiającego udzielonych w toku postępowania a dookreślających przedmiot Zamówienia) wynika, że przedmiotem zamówienia nie są jednak tego rodzaju zwykłe studnie DN2000.

Zdaniem Odwołującego - dokumentacja przetargowa potwierdza, że przedmiotem Zamówienia mają być studnie zapuszczane, tzn. studnie z nożem tnącym stalowym i zbrojeniem odpowiednim do warunków gruntowych, co wynika z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 12 z dnia 29.09.2021 r. oraz z wyciągu do projektu wykonawczego.

Według Odwołującego - studnie takie są znacznie droższe na rynku, a Kaprin na którego ofertę w swoich wyjaśnieniach powoływał się Przystępujący na uzasadnienie i uwiarygodnienie zaoferowanej ceny, studni takich w ogóle nie produkuje i nie są one dostępne w katalogu tejże firmy.

Podniósł, że okoliczność taka została dodatkowo potwierdzona jeszcze przed Odwołującego w kontakcie bezpośrednim z pracownikiem ww. firmy.

Odwołujący dalej wyjaśnił, że studnie o specyfikacji takiej jak wymagana przez Zamawiającego dostarczane są przez nieliczne podmioty, m.in. przez Bewa sp. z o.o. sp. k.

Celem umożliwienia porównania ceny kosztorysowej Wykonawcy z cenami rynkowymi produktów o specyfikacji tożsamej (do produktów wskazanych w kosztorysie Wykonawcy), Odwołujący stwierdził, że udało mu się uzyskać od ww. firmy informacje o warunkach cenowych na jakich dostarcza ona takie produkty, z których wynika, że oferowana przez Bewa studnia składa się z noża stalowego, komory roboczej H=3m, redukcji DN2000/1200 mm i kręgów nadbudowy DNI 200 mm, a jej wysokość to 4,9 m (po zapuszczeniu studni i wylaniu korka betonowego H=0,5m studnia taka miałaby dokładnie 4,4 m — tak jak w ofercie Kaprin).

Wywodził, że cena rynkowa studni zgodnej ze specyfikacją Zamawiającego, to — bazując na ofercie firmy Bewa (produkującej tego rodzaju studnie) — koszt rzędu 11.925 zł netto za sztukę, co przy ilości 66 sztuk daje to całkowity koszt samych tylko studni na poziomie 787 050,00 zł (przy czym kwota ta nie uwzględnia kosztów transportu studni), a podwyższenie ww. kosztu o transport prowadzi do uzyskania sumy znacznie wyższej, bo wynoszącej 863 050,00 zł.

Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że analogiczne studnie oferuje w sprzedaży również P. V. Prefabet Kluczbork S.A., jednakże po cenie jeszcze wyższej (18.500 zł netto).

Argumentował, że cena netto zwykłej studni DN2000 oferowanej przez firmę KAPRIN niezgodnej ze specyfikacją Zamawiającego to 4 805,70 zł netto za sztukę, co przy ilości 66 sztuk daje to kwotę 317 176, 22 zł, a zatem kwotę aż o ponad połowę mniejszą.

Według Odwołującego - zniżenie przez Wykonawcę kosztu na samych tylko studniach skutkowało zniżeniem jego ceny ofertowej o co najmniej 545 873 78 zł netto (863 050 zł - 317 176,22 zł).

Kolejną pozycję kosztową Odwołujący zaczepił z powodu rażąco niskiego kosztu piasku.

Odwołujący nie zgodził się przedstawioną przez Przystępującego cenę jednostkową piasku, którą ten przedstawił Zamawiającemu na potwierdzenie rynkowego charakteru

kosztu i możliwości przyjęcia go za podstawę wyliczenia ceny Wykonawca. Chodzi tutaj o ofertę Tadex-Pol, z którego oferty wynika, że piasek w wariantcie netto loco Kraków wyceniono na kwotę 4,5 zł/t, a netto loco Skawina na kwotę 8,5 zł/t.

Zdaniem Odwołującego - ceny te są nierealne i całkowicie odbiegają od warunków rynkowych.

Odwołujący w tym zakresie oparł się o przykładowe oferty dostawców tego rodzaju materiałów, potwierdzających, że ceny rynkowe są znacznie wyższe (np. Rob-Pol: 40 zł netto za piasek z dostawą, Kopalnia Wapienia „Czatkowice” sp. z o.o.: 15 zł/t netto za „niesort piaskowy” bez kosztów dostawy).

W tym względzie powołał się na wiadomość e-mail dostawcy ROB-POL R.P. z 1.12.2021 r. (dotyczącą zapytania o cenę piasku) oraz na cennik kruszyw Krakowskie Zakłady Eksploatacji Kruszywa S.A.; cennik Zwirowania Kaniów; cennik MKM Kruszywa sp. z o.o.; wiadomość e-mail od K. S. (Kopalnia Wapienia „Czatkowice” sp. z o.o.) z dnia 24.11.2021 r.

Konsekwentnie Odwołujący kwestionował prawdziwość oferty ww. dostawcy, a to biorąc jednocześnie pod uwagę fakt, że prezentuje ona ceny całkowicie niedostępne na rynku, oraz fakt jej nadmiernej lakoniczności.

Przekonywał, że doświadczenie życiowe pokazuje, że tak ogólnikowe i ubogie w swojej treści oferty jak oferta pochodząca od Tadex-Pol w obecnych realiach rynkowych, a już w szczególności na rynku materiałów budowlanych (których ceny zwiększają się wręcz w niekontrolowanym tempie), w ogóle nie występują (oferty zasadniczo zawierają bardziej szczegółową treść, w tym chociażby maksymalny okres związania ofertą).

Odwołujący również zgłosił wątpliwości, że z treści ww. oferty nie wynika nawet, aby w ogóle była ona skierowana do Wykonawcy.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę ceny rynkowe, koszt pozycji związanych z dostawą materiału w postaci piasku (tj. 30, 104, 168, 176, 211, 235, 249, 278) wycenionych łącznie przez Wykonawcę na 51 236,41 zł został zaniżony.

W ocenie Odwołującego - realny i najniższy możliwy koszt tych prac (przy uwzględnieniu cen Sekocenbud) wynosi co najmniej: 94 854, 19 zł, a zatem Wykonawca

koszt taki zaniżył co najmniej o 43 617. 78 zł netto. W tym względzie oparł się o kalkulację ceny piasku na bazie danych Sekocenbud.

Odwołujący zauważył w zakresie kosztów paliwa, że Wykonawca konkurencyjny w swoich wyjaśnieniach wskazał, że na obniżenie kosztu realizacji zamówienia pozwalają mu wyjątkowo korzystne warunki handlowe dotyczące cen nabycia paliwa.

Wobec tego Odwołujący stwierdził, że Przystępujący złożył ogólnikowe wyjaśnienia i, nie przedstawił Zamawiającemu w powyższym przedmiocie żadnych szczegółowych wyliczeń, a same tylko i wyłącznie gołosłowne zapewnienia i ogólne deklaracje podmiotu trzeciego dot. rabatowania (bez wskazania nawet na jaki okres podmiot trzeci deklaruje utrzymanie poziomu rabatowania, od jakiej konkretnie ceny rabatowanie następuje, przy jakich wielkościach transakcji rabat jest aktywowany i dla jakich ilości paliwa w ogóle może zostać przydzielony, a ponad które nie jest udzielany).

Przyznał, że Wykonawca powołał się nawet na fakt posiadania własnej stacji paliw, której to okoliczności również w żaden sposób nie wykazał.

Dodał, że nie jest realnym, aby Wykonawca nabywał całe paliwo do realizacji zamówienia z rabatem 28% na zakup paliwa od cen hurtowych.

Zdaniem Odwołującego - w takiej wysokości nie jest standardem na rynku (rabaty na rynku nie przewyższają 4% do 6%) istnienie takiego rabatu, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił oferty firm dostarczających olej napędowy; oferta Marco-Oil sp. z o.o. z 01.12.2021 r.; wiadomość e-mail A.S. (F.H.U. "GAC" A. S.-G.) z 21.12.2021 r.).

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił również uwagę na różnice w niektórych pozycjach pomiędzy kosztorysem Wykonawcy a Odwołującego, co wskazuje na nierynkowy charakter cen jednostkowych Przystępującego.

W związku z tym Odwołujący opracował wyciąg z kosztorysu Wykonawcy z pozycjami, które w jego przekonaniu nie mają charakteru rynkowego i nie jest możliwym realizacja ich po cenach wskazanych przez Wykonawcę, nawet gdyby dysponował własnym zapleczem technicznym i personalnym (którym dysponuje także sam Odwołujący, wieloletnie już działając w branży budowlanej/kanalizacyjnej).

Jednocześnie również Odwołujący opracował dwa kolejne kosztorysy dla tożsamyh pozycji, jednakże wycenionych wedle cen Sekocenbud (kosztorys pierwszy wedle cen Sekocenbud 3 kwartał 2021, ale bez narzutów na poziomie takim jak deklarowany przez

Wykonawcę, z narzutami wedle Sekocenbud 3 kw. 2021; kosztorys drugi wedle cen Sekocenbud z narzutami na poziomie takim jak deklarowany przez Wykonawcę).

Zwrócił uwagę, że proste porównanie danych zawartych w wyciągu z kosztorysu Wykonawcy (tj. pozycje na łączną kwotę 510 670,98 zł netto przy narzutach deklarowanych przez Wykonawcę Kp 60 %, Z=10 % Kz=15 % z danymi zawartymi w kosztorysie obejmującym tożsame pozycje, jednakże opartym na wycenie Sekocendbud (tj. pozycje na łączną kwotę 1 152 689,69 zł netto przy narzutach również deklarowanych przez Wykonawcę Kp 60 %, Z=10 % Kz =15 %, prowadzi do wniosku, że Wykonawca zaniżył swoją ofertę dodatkowo jeszcze o co najmniej 642 018,71 zł netto.

Biorąc pod uwagę zniżenie ceny na studniach (pkt 17 i n. uzasadnienia — kwota zniżenia 545 873,78 zł netto) i piasku (pkt 21 i n. uzasadnienia — kwota 43 617, 78 zł netto), a także zniżenie cen na innych jeszcze pozycjach (zob. powyższej 642 018,71 zł netto wg danych Sekocenbud), stwierdził, że Wykonawca rażąco zaniżył cenę ofertową o co najmniej 1 231 509,49 zł (tj. 545 873,78 zł + 43 617, 78 zł + 642 018,71 zł).

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił również Zamawiającemu naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pozostaje w związku z kolejnym zarzutem; tj. zarzutem nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Według Odwołującego - analiza cen jednostkowych kosztów (łącznie składających się na cenę ofertową) wskazuje, że pewne materiały/roboty Wykonawca oferuje po cenach dumpingowych z zamiarem wykluczenia innych wykonawców z postępowania.

Zdaniem Odwołującego - formą utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku było zaoferowanie ceny na nierealnie niskim poziomie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego - nie jest możliwym, w obecnych warunkach rynkowych (m.in. zwiększająca się płaca minimalna oraz zwiększające ceny materiałów budowlanych — które to okoliczności stanowią wiedzę powszechnie znaną) realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że ma podejrzenie, że Wykonawca jest tego świadom, a jednocześnie liczy na możliwe zwiększenie wynagrodzenia za wykonanie zamówienia w przyszłości w drodze zmiany umowy z Zamawiającym. Zmiana taka, która mogłaby nastąpić

już po udzieleniu zamówienia, faktycznie pozostawałaby już poza kontrolą oferentów, którzy nie interesowałiby się losem zamówienia.

Ostatecznie z racji wycofania przez Odwołującego zarzutu odnoszącego się do zaniechania wykluczenia Przystępującego z powodu nie wykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia w postaci aktualnego podmiotowego środka dowodowego w zakresie KRK przedstawienie motywów tego zarzutu odwołania nie było konieczne.

W dniu 9 grudnia 2021 r. w przedmiotowej sprawie Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. sp. z o.o. z siedzibą w Krynicy-Zdrój, zwany dalej Przystępującym, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Jednocześnie przedstawił on w piśmie procesowym z dnia 17 grudnia 2021 r. obszerną argumentację faktyczno-prawną wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 16 grudnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając zarzut odwołania dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie KRK, a w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 29 października 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych składowych, odpowiedzi Przystępującego z dnia 4 listopada 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 16 grudnia 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 17 grudnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

W pierwszej kolejności Izba wskutek złożenia przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu zarzutu odnoszącego się naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. a-h, pkt 2) i pkt 4), art. 124 pkt 1, art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.),

zwanej dalej ustawą Pzp lub p.z.p. w zw. z 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, uznała wobec braku przedmiotu sporu w tym zakresie, rozpoznanie tego zarzutu za bezprzedmiotowe.

Idąc dalej, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art.226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1913 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w warunkach złożenia przez Przystępującego oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 października 2021 r. Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 z późn.zm.) zażądał od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w tym jej istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez niego cena w tym jej istotne części składowe, wydawały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, iż analiza złożonej wraz z ofertą indywidualnej kalkulacji ceny wzbudziła uzasadnione wątpliwości co do możliwości należytej realizacji zamówienia, w porównaniu z ich wartościami w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, przy uwzględnieniu wymagań i warunków dotyczących przedmiotu zamówienia oraz realizacji umowy, aktualnej sytuacji rynkowej, czyli znacznej inflacji i wzrostu cen materiałów i robocizny.

Dlatego też, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz przede wszystkim jej istotnych części składowych, w szczególności odpowiednio o ile dotyczy w poniższych aspektach:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z uwagi na możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny w istotnych częściach składowych oferty (które zostały wyszczególnione poniżej, a zawarte są w złożonym kosztorysie ofertowym), w stosunku do wartości wynikających z kosztorysu inwestorskiego oraz z cen innych złożonych w postępowaniu ofert i wartości odnoszących się do istotnych elementów składowych przedmiotu zamówienia, Zamawiający wezwał do szczegółowego i jednoznacznego wyjaśnienia ceny oferty oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w poniższym zakresie:

Budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, pompowni ścieków PSI oraz rurociągu tłocznego PE100 Fi 140 (160x9,5mm) dla części wsi Ochodza

1. Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, pompowni PSI oraz rurociągu tłocznego fi 140 dla części wsi Ochodza

1.1 Kanalizacja sanitarna grawitacyjna, tłoczna

Poz.6 Frezowanie nawierzchni asfaltowych na zimno przy użyciu frezarki z odwiezieniem kory asfaltowej na place składowe w miejsce wskazane i uzgodnione z Inwestorem, frezowanie na głębokości 10 cm, samochód 5,0 – 10,0 t,

Poz.9 Mechaniczne cięcie szczelin w nawierzchniach z mas mineralno-bitumicznych, ciecie głębokości 8 cm,

Poz.19 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami samowyladowczymi do 1 km, w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach, koparka 0,40 m3, grunt kategorii I-III, spycharka 53 kW, samochód 5-10 t - nawierzchnia z tłucznia i podbudowa,

Poz.21 Opłata za składowanie nawierzchni z tłucznia i podbudowa,

Poz.36 Studnie z kręgów betonowych i żelbetowych Fi2000 mm wykonane metoda studniarską, grunt kategorii III, głębokość 3 m, kręgi żelbet-komora przewiertowa jako studnia zapuszczana wraz z kaskadami Fi 200-10szt i kaskadami Fi 160-18szt; R=1,330 M=1,000 S=1,330,

Poz.37 Studnie rewizyjne z kręgów betonowych i żelbetowych FT2000 mm wykonane metoda studniarską, grunt kategorii III, nakłady dodatkowe za każde 0,5 m głębokości ponad 3 m do 5 m-komora przewiertowa jako studnia zapuszczana; R=1,330 M=1,000 S=1,330,

Poz.46 Płyta żelbetowa redukcyjna Fi 2000/1200 mm; R=1,500 M=1,000 S=1,500,

Poz.48 Kominy włazowe z kręgów betonowych, pokrywa nastudzienna z pierścieniem odciążającym i włazem i uszczelnieniem bitumicznym (kpl), komin Fi 1200 mm, R= 2000 M=1,000 S=2000,

Poz.104 Dostawa piasku do obsypki-obsypka ujęta w pozycji z wykopem i zasypem

Poz.136 Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku sam. samowyl. do 1km, w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach, koparka 0,40 m3, grunt kategorii I-III, spycharka 55kW, samochód 5-10t - wywóz do 10km w miejsce wskazane i uzgodnione z Inwestorem,

Poz.137 Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości transportu ponad 1 km samochodami samowyladowczymi, drogi o nawierzchni utwardzonej, kategoria gruntu I-IV, samochód 5-10t wywóz do 10km w miejsce wskazane i uzgodnione z Inwestorem.

1.2 Przyłącza grawitacyjne

Poz.176 Dostawa piasku do obsypki-obsypka ujęta w pozycji z wykopem i zasypem.

Ponadto w przedstawionych wyjaśnieniach Zamawiający wnosil w szczególności o:

- 1) przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę oferty, lub szczegółowych wyliczeń z podaniem kosztów pracy;
- 2) ewentualnie dokumentów lub oświadczeń, umów z podwykonawcami czy współpracownikami, wstępnych umów lub ofert osób lub podmiotów przewidzianych do realizacji zamówienia albo dostarczających materiały, urządzenia, elementy itp., które miały wpływ na kalkulację ceny oferty w poszczególnych zakresach i elementach zamówienia,

3) kosztów transportu, sprzętu,. itp., związanych z wykonaniem zamówienia i niezbędnych do jego należytego wykonania,

4) wskazanie zysku, jaki zakłada osiągnąć Wykonawca w wyniku realizacji niniejszego zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe zostały skalkulowane prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zastrzegł, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści zapytania zamawiającego, zawierać konkretne założenia i kalkulacje oraz dowody.

Zamawiający zauważył, że cena oferty, a głównie wskazane w niniejszym wezwaniu jej pozycje będące istotnymi częściami składowymi, które w większości są zaniżone w stosunku do średniej ceny złożonych ofert, według przeprowadzonej analizy kalkulacji cen, budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ, zarówno dotyczącymi technologii i jakości robót budowlanych, jaki i parametrów technologicznych oraz wymagań technicznych i funkcjonalnych instalacji, urządzeń, materiałów i innych dostaw niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ocena przekazanych w odpowiedzi na niniejsze wezwanie wyjaśnień, w tym odpowiednich szczegółowych wyliczeń, kalkulacji, kosztorysów, oświadczeń i opisów oferowanych materiałów, ewentualnie dowodów zakupów lub faktur proforma, czy umów lub ofert w zakresie dostaw, itp., pozwoli na ustalenie czy oferta lub wykazane powyżej jej istotne części składowe nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji pozwoli na realną ocenę, czy jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie za zaoferowaną cenę, przy uwzględnieniu warunków i wymagań opisanych w SWZ oraz obecnych realiów rynkowych, czyli znaczącego wzrostu kosztów robocizny, pracy i materiałów, jak i panującego stanu epidemicznego.

Jednocześnie przypominał, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podobnie jak i jej istotne części składowe, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Dalej, Izba stwierdziła, że Przystępujący pismem z dnia 4 listopada 2021 r. udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyjaśnił, co następuje; „(...)

- Ze względu na szeroką współpracę z Firmą ASPERGO - jest to jedna z największych agencji ubezpieczeniowych w naszym regionie. Dzięki owocnej współpracy otrzymujemy bardzo korzystne oferty. Otrzymaliśmy bardzo dobrą ofertę na ubezpieczenie budowy oraz na ubezpieczenie należytego wykonania umowy na ww. kontrakt. W załączniku nr 1 przedstawiamy ofertę otrzymaną przez Kancelarię brokerską ASPERGO Sp. z o.o. Dodatkowo sprzęt naszej Firmy ubezpieczony jest w Firmie PZU. Ze względu na ogromną ilość sprzętu posiadamy bardzo dobre ceny ubezpieczeń na poszczególne jednostki.

Koszty ubezpieczenia sprzętu obejmują koszty ogólne działalności Firmy.

Dowód:

✓ załącznik nr 1

- Nasza Firma zatrudnia wykwalifikowaną kilkusobową kadrę geodezyjną, dzięki czemu nie ponosimy kosztów wynajęcia firm geodezyjnych. Nasi geodeci w całości prowadzą obsługę geodezyjną kontraktów. Posiadamy również nowoczesny geodezyjny sprzęt, który pozwala naszym geodetom prowadzić prace geodezyjne w sposób sprawny i prawidłowy.

Dowód:

✓ załącznik nr 2

- Nasza Firma prowadzi około 30 inwestycji rocznie związanych z budową sieci kanalizacyjnych, wodociągowych, gazowych, budową dróg itp. w związku, z czym Wykonawca w sposób sprawny przygotowuje wszelkie wnioski i dokumentacje oraz zna realia ww. prac i ponoszonych kosztów prowadzenia budowy. Wykonawca dzięki zatrudnieniu doświadczonej kadry inżynierskiej oraz kadry geodezyjnej nie potrzebuje zlecać wykonywania dokumentacji wykonawczej i powykonawczej innym podmiotom.

- Wykonawca posiada doświadczoną kadrę wykonawczą specjalizującą się w takich kontraktach jak ten. Nasza Firma również dzięki bogatemu doświadczeniu potrafi wykonywać roboty w sposób profesjonalny. Firma P.B.I. M. Sp. z o.o. istnieje już 35 lat na rynku budownictwa sieci wod.-kan.

✓ Załącznik nr 3

- Wykonawca posiada własne doświadczone brygady drogowe wraz z niezbędnym sprzętem do robót drogowych – rozścielacze, walce, frezarki. Na potwierdzenie załączamy referencję wydaną przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie na Rozbudowę DW971 w m. Krynica Zdrój- tę inwestycję wykonaliśmy bez udziału podwykonawców, własnym sprzętem oraz własnymi Siłami roboczymi. Posiadamy również własne laboratorium badające mieszanki mineralno-asfaltowe, jak również posiadamy własną kadrę inżynierów geotechników wraz ze sprzętem do badań podłoża, gruntów, podbudowy. Posiadamy własną wytwórnię mas bitumicznych, również owocnie współpracujemy z wytwórnią mas bitumicznych w Jawornikach otrzymując wysokie rabaty na kupno mas bitumicznych.

Dowód:

✓ Załącznik nr 4

- Wykonawca prowadzi obecnie kilka kontraktów w odległości do 50 km od Skawiny. Wykonujemy prace związane z rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Lanckorona, z budową sieci kanalizacyjnych i wodociągowych w miejscowości Świątniki Górne, czy również prowadzimy prace związane z przebudową gazociągów Kraków. Prowadzenie kilku zadań jednocześnie w pobliskiej odległości, pozwala na oszczędności związane z transportem, przewożeniem sprzętu, rotacją brygad czy dostępnością materiałów.

✓ Załącznik nr 5

- Wykonawca prowadził już budowy u Zamawiającego, zna teren działania inwestora oraz wymagania odnośnie wykonania robót (skrzyżowania i odbiory) gestorów sieci występujących na tym terenie: - Zadanie 2 Kontrakt 2 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w rejonie ulicy graniczna i leśna w Skawinie,

- Zadanie 3 Kontrakt 3 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w rejonie ulicy Wyspiańskiego w Skawinie, - Zadanie nr 4 Kontrakt 4.1 - Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Skawina Jaśkowice – Zelczyna – część I,

- Zadanie nr 5 - Kontrakt 5.1 – Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Skawina Grabie – Krzęcin – część I,

- Wykonawca pomimo wysokich cen paliw na polskim rynku, może pozwolić sobie na oszczędności związane z zakupem paliw a co za tym idzie z wykonywaniem prac sprzętem. Wykonawca posiadając własną stację paliw otrzymuje wysokie upusty na zakup paliwa. Dodatkowo dzięki posiadaniu Floty na jednej z najbardziej znanych stacji benzynowych w Polsce, Wykonawca otrzymuje rabaty sięgające nawet 50 groszy / litr paliwa na zakup paliwa na stacjonarnych stacjach paliw z flot w Circle i Orlen oraz dzięki hurtowych dostaw z firmy Wac-Woj.

✓ Załącznik nr 6

Oдноśnie wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny wybranych pozycji kosztorysowych wyjaśniamy

(Załącznik nr 7 – Oferty firm podwykonawczych oraz dostawców)

1.Poz.6- frezowanie nawierzchni asfaltowych/ przyjęta do kalkulacji cena jedn.12 zł/m²- wartość pozycji 70297,32 zł / w pełni rekompensuje koszty wykonania tych robót. Biorąc pod uwagę oferty firm podwykonawczych - FREZDROM i JAW TRANS cena za ten zakres robót kształtuje się:

- frezowanie nawierzchni 5858,11m² X 2zł/m² =11716,22 zł
- koszt transportu/ założono transport do 10 km/5858 m²x gr. 10 cm tj 585,8 m

3 tj. ok. 1170 ton

Koszt pracy 4 samochodów do 15 ton pod frezarką –cykl 2 dniowy- 3840 zł

Koszt transportu 1170 ton X 0.5 zł/t x 10 km – 5850 zł

Ogółem wartość tych prac winna się zamknąć kwotą ok. 21.406 zł

Biorąc pod uwagę koszt dostarczenia wody technologicznej do frezarki , szczotki mechanicznej oraz organizacji ruchu na czas prowadzenia tych robót założona kwota kosztorysowa w pełni zaspokaja przyjęte koszty.

2. poz. kosztorysowa 9 – mechaniczne cięcie szczelin w nawierzchni asfaltowej / przyjęta cena jednostkowa 3,86 zł/ 1mb/ w pełni rekompensuje rzeczywiste koszt wykonania tych robót- w załączeniu oferta firmy podwykonawczej – K&K K.K.

3.poz kosztorysowa 19-roboty ziemne w gr. kat. I-III z transportem do 1km – nawierzchnia z tłucznia i podbudowa/ cena jednostkowa do kalkulacji 16,27 zł /m³ –wartość pozycji 103657,94 zł/ w pełni zaspokaja koszty wykonania tych prac. Biorąc pod uwagę oferty firm podwykonawczych - JAW TRANS cena za ten zakres robót kształtuje się:

- roboty ziemne koparką 14t – 6371,17 m³ X 5,5 zł/m³ = 35041,44 zł - transport samochodem do 15 t /ok 8 m³/- przyjęto 40 kursów na dzień koszt 1 kursu-praca pod koparką 0,5h x 60 zł + transport 0,5x15t/km= 37,5 zł/kurs

Koszt przewiezienia 6371,17 m³ / ok .800 kursów/ do 1 km winien się zamknąć kwota ok. 30000 zł netto, a więc założona kwota kosztorysowa w pełni zaspokaja koszt tych robót.

4.poz kosztorysowa 21.Oplata za składowanie nawierzchni z tłucznia i podbudowy/ przyjęta do kalkulacji cena 79963,73 zł/ w pełni zaspokaja założone koszty.

W załączeniu oferta dzierżawy gruntu w Skawinie firmy MultiMAGAZYN za kwotę ok.2500 zł/mc. Przy założeniu cyklu budowy 16 miesięcznego wartość zamknie się kwotą 40.000 zł netto.

5.poz kosztorysowa 36,45,48-dotyczy studni /komór/ fi 2000 mm do przewierć/wartość kosztorysowa tych pozycji łącznie to 9.571,70 zł netto za studnię/, natomiast koszt zakupu tych elementów to 5155 zł/szt natomiast pozostała kwota 4.416 zł/szt uwzględnia ewentualne zmiany cen oraz montaż tych elementów w gotowym wykopie. W załączeniu oferta firm KAPRIN, KANWA na w/w materiał

6.pozycja kosztorysowa 37-dotyczy dopłaty za każde 0.5 m studni /komory/ fi 2000/wartość jednostkowa wg kosztorysu-1573,14zł/szt. /,natomiast koszt zakupu tego elementu wg oferty firmy to 769,43 zł/szt. ,natomiast pozostała kwota 803,71 uwzględnia ewentualny zmiany cen oraz montaż tych elementów w gotowym wykopie.

W załączeniu oferta firmy KAPRIN na w/w materiał

7.pozycja kosztorysowa 104 i 176- ujęta w kosztorysie cena jednostkowa w pełni zaspokaja rzeczywiste koszty

-w załączeniu oferta TADEX-POL dostawy piasku na obsypkę

8. pozycja kosztorysowa 136 – patrz odpowiedz do punktu 3.

9. pozycja kosztorysowa 137 – nakłady uzupełniające za każdy następny km transportu - 10 km- wartość jednostkowa kosztorysowa 11,65 zł/1 m3/. W załączeniu oferta cenowa podwykonawcy JAW-TRANS gdzie cena jednostkowa za 1 tonokilometr to 0.5 zł, tj 5 zł za 10 km c w przeliczeniu na m3 daje kwotę ok. 9 zł/ m3 a więc w pełni zaspokaja kalkulacje w/w pozycji.

Pragnę nadmienić, iż Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego M. sp. z o.o. posiada własny nowoczesny, energooszczędny i wydajny sprzęt do robót ziemnych i transportowych umożliwiający wykonanie w/w robót w całości bez pomocy firm podwykonawczych i jest w stanie wykonać pełny zakres w/w prac o około 25% taniej (Załącznik nr 8)

Przyjęto do kosztorysowania stawkę godzinową 29,00 zł netto, a więc odpowiada ona przepisom i dotyczącym kosztów pracy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Do kalkulacji przyjęto koszty transportu 15%, które pozwalają zabezpieczyć wykonawcę przed ewentualnymi zmianami cen. W wyniku realizacji niniejszego zamówienia wykonawca zakłada osiągnięcie zysku w wysokości 10%

Ponadto pragniemy nadmienić, iż nasza cena stanowi 83 % wartości kosztów jakie Zamawiający przeznaczył na realizację w/w zamówienia i w myśl ustawy o zamówieniach publicznych nie jest rażąco niską ceną.(...)”.

Izba ustaliła, że ranking cenowy wykonawców przedstawiał się następująco:

- 1) oferta Przystępującego z ceną w kwocie 12 238 76,17 zł brutto,
- 2) oferta Konsorcjum firm: Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna Lider Konsorcjum; Nieznanowice 50, 32-420 Gdów, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o.- Partner Konsorcjum; ul. Komuny Paryskiej 5, 30-389 Kraków z ceną w kwocie 19 175 700,00 zł brutto,
- 3) oferta IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z ceną w kwocie 19 926 000,00 zł brutto,
- 4) oferta Konsorcjum firm: EKOINSTAL Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Przemysłowa 8, 34-200 Sucha Beskidzka Kuba Stradomski STRADOM-INSTAL - Partner Konsorcjum ul. Przemysłowa 8, 34-200 Sucha Beskidzka z ceną w kwocie 11 561 331,72 zł brutto,
- 5) oferta Odwołującego za kwotę z ceną w kwocie 15 953 100,00 zł brutto.

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

Jednocześnie z ust.2 powołanego wyżej przepisu wynika, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający na podstawie powołanych wyżej przepisów prawa mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę.

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

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiego kosztu studni, Izba uznała go za bezzasadny z tego powodu, że w istocie dopiero w postępowaniu odwoławczym Odwołujący zakwestionował technologię wykonywanej studni poprzez wskazanie, że studnie mają być zapuszczane, tzn. studnie z nożem tnącym stalowym lub zbrojeniowym odpowiednim do warunków gruntowych, podczas gdy Przystępujący zaoferował i wycenił studnię według założeń projektowych, tj. zastosował kręgi żelbetowe i dolny element studni zbrojony z wnąką w celu wykonania płyty dennej żelbetowej wylewanej na miejscu bez rozwiązania z nożami tnącymi.

Wymaga wskazania, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie sformułował odrębnego zarzutu złożenia oferty sprzecznej z warunkami zamówienia opartego o przepis art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z powyższego względu Izba nie mogła przyjąć założenia, że zaoferowane świadczenie jest sprzeczne z opisem wykonawczym studni.

Jeżeli zatem zaoferowana przez Przystępującego studnia odpowiadała wymaganiom SWZ, to brak było możliwości przypisania mu, że zaproponowane przez niego rozwiązanie studni nie mogło być nabyte od producenta Kaprin sp. z o.o. na podstawie oferty z dnia 14 października 2021 r.

Według zapatrywania Izby – sytuacji tej nie może zmienić również okoliczność, że po tej dacie producent usunął z oferty powyższy produkt.

Natomiast w postępowaniu odwoławczym Przystępujący przedstawił ofertę innego producenta studni Fabet sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2021 r. z rozwiązaniem zawierającym krąg z nożem stalowym z ceną jednostkową w kwocie 1 950 zł netto, która to wartość i

istnienie tego podmiotu jako producenta studni zapuszczanych nie została przez Odwołującego zakwestionowana.

Izba nie przyjęła zastrzeżeń Odwołującego, co do formy oferty, bowiem stosownie do art.60 kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Powyższe oświadczenie woli w tym przypadku działało inter partes to jest pomiędzy Przystępującym a Fabet sp. z o.o., bez udziału Zamawiającego, a zatem mogła być zastosowana każda forma oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego cen jednostkowych piasku Izba uznała, że Przystępujący mógł dokonać kalkulacji własnej w oparciu o zaoferowaną w dniu 10 października 2021 r. cenę dostawy piasku Tadex-Pol Park Technologiczny sp. z o.o. z ceną jednostkową netto loco Kraków 4,5 zł za tonę oraz loco Skawina 8,5 za tonę.

W opinii Izby – powołane w odwołaniu ceny za tonę piasku innych przedsiębiorców mogą stanowić jedynie dowód na okoliczność istnienia cen proponowanych u tych dostawców, co nie przesądza jednak o cenach u innych przedsiębiorców prowadzących eksploatację kopalni.

Powyższe przekonanie Izby wzmocniła przedłożona przez Przystępującego informacja cenowa z oferty Trans-D. T. D. z dnia 7 grudnia 2021 r. z ceną jednostkową 7 zł za tonę netto za dostawę piasku zasypowego ze złoża Maszkienice.

Jeżeli chodzi o wskazywany przez Odwołującego rażąco niski koszt innych pozycji kosztowych wymienionych w odwołaniu, Izba uznała, że Przystępujący mógł dokonać wyceny swojej oferty na podstawie kalkulacji własnej, co odpowiadało pkt 17 ppkt 3 i 4 SWZ i nie był on zobowiązany do zastosowania cennika Sekocenbud, uwzględniającego średnie i orientacyjne ceny z rynku w warunkach, gdy ceny te mogą podlegać zmianom uzależnionym od różnych okoliczności wpływających na te ceny.

W odniesieniu do kosztów paliwa, Izba przyjęła, że Przystępujący mając do dyspozycji własną stację paliw miał i ma możliwość uzyskania istotnych upustów cenowych. Potwierdzeniem tej okoliczności jest informacja cenowa dająca mu rabat od przedsiębiorcy Wac-Woj. Sp. z o.o. na zakup paliwa wynoszący około 28 gr za litr licząc od cen hurtowych.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

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

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

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

Konsekwencją oceny, że wykonanie przedmiotu zamówienia będzie realizowane w granicach wyżej udowodnionych cen jednostkowych, a zatem nie poniżej kosztów realizacji zamówienia, jest pogląd Izby, że złożona przez Przystępującego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i jako tak nie podlega odrzuceniu na zasadzie art.226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ostatecznie, Izba postanowiła również oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, uznając, że zebrany w sprawie materiał dowodowy daje dostateczną podstawę do jej rozstrzygnięcia.

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

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

Przewodniczący:.....