

Sygn. akt: KIO 2201/19

WYROK
z dnia 13 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2019 r. przez wykonawcę **K. L. Agencja Promocyjno-Reklamowa "Sewim", ul. Kujawska 29/22, 88-163 Kruszwica** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Kruszwica, ul. Nadgoplańska 4, 88-150 Kruszwica.**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe TRANS-POM P.P., Marcinkowo 37, 88-110 Inowrocław 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2201/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K. L. Agencja Promocyjno-Reklamowa "Sewim", ul. Kujawska 29/22, 88-163 Kruszwica** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Zamawiający - Gmina Kruszwica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę drogi gminnej nr 151730C ul. Spokojnej w Kruszwicy”, nr referencyjny: PIFZ-Z.271.24.2019. Postępowanie prowadzone jest w procedurze krajowej, wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stosuje „procedurę odwróconą” w trybie art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 7.10.2019 r. Wartość zamówienia wynosi 1.798.116,44 zł netto i ustalona została na podstawie kosztorysu inwestorskiego. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty złożyło 3 wykonawców.

Dnia 25 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Trans-Pom P. P., 88-110 Inowrocław, ul. Marcinkowo 37 uznanej za najkorzystniejszą. Trzecią pozycję w rankingu zajęła oferta odwołującego – K. L. Agencja Promocyjno-Reklamowa SEWIM, Kruszwica.

Odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2019 roku, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazanie odrzucenia oferty wybranej, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 pzp z uwagi na potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu,
- 2) obciążenie kosztami postępowania Gminę Kruszwica.

Zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2, 3 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Trans-Pom P. P., co do której powołany wykonawca nie wykazał w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 pzp, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawierała rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie oferty na cenę dostawy piasku, oferty na cenę transportu materiałów, oferty na cenę zakupu materiału stabilizacji RM 1,5-2,5, oferty na cenę zakupu materiału betonu c8/10 oraz oferty na cenę zakupu materiału podsypki cementowo-piaskowej 1:4;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego,

której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 90 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny i kosztów złożonej oferty w zakresie ceny dostawy piasku, ceny transportu materiałów, ceny zakupu materiału stabilizacji i RM 1,5-2,5 oraz cenę zakupu materiału betonu c8/10, albowiem o rażąco niskiej cenie można mówić także wówczas, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia - również ceny jednostkowe winny być przedmiotem badania w zakresie ceny rażąco niskiej (*expressis verbis* art. 90 ust. 1 pzp).

Wskazuje, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu (*mutatis mutandis* uchwała SN z dnia 17 listopada 2017 roku, wydana w sprawie zarejestrowanej pod sygnaturą akt III CZP 58/17).

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. W ramach postępowania, Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 2 pzp wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Trans-Pom P. P. do wyjaśnienia dotyczącego zaoferowanej ceny.

Wykonawca udzielił wyjaśnień ogólnikowych, nierzetelnych i nieprawdziwych.

Niezależnie od powyższego oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie oferty na cenę dostawy piasku, oferty na cenę transportu materiałów, oferty na cenę zakupu materiału stabilizacji RM 1,5-2,5, oferty na cenę zakupu materiału betonu c8/10 oraz oferty na cenę zakupu materiału podsypki cementowo-piaskowej 1:4.

Złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp).

Ustawa pzp nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niska cena”. Wykładnia powołanego pojęcia nie stwarza jednak większych trudności z uwagi na obszerne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów dotyczące zasad badania rażąco niskiej ceny (wyroki KIO 417/15; 53/15; 2766/14; 1459/11; wyrok SO w Poznaniu z 4.06.2008 r., w sprawie X Ga 127/08).

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.

Skierowanie do wykonawcy wezwania tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy. Obowiązek odrzucenia oferty jest spowodowany z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej - brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością robót lub zgłaszaniem roszczeń domagając się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie norma ta chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

3. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp).

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 art. 3 ust. 1 ustawy z 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm. — znku) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

4. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (wyrok KIO 681/17). Zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów oraz zysk. Wykonawca nie może rażąco zaniżać ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej, która to cena jednostkowa nie uwzględnia wszelkich kosztów i składników. Innymi słowy cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi zawierać w sobie wszelkie składowe, wszystkie składniki cenotwórcze.

A. Względem zarzutu w zakresie oferty na cenę dostawy piasku, Odwołujący wskazuje co następuje:

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Trans-Pom P.P. zaoferował dostawę piasku z firmy BUDPOM Budownictwo Sp. z o.o. w Kruszwicy - „w własnej żwirowni w miejscowości Osiek Wielki” — w ilości 3 000 ton wraz z dostawą do m. Kruszwica ul. Spokojna w cenie jednostkowej 10,90 zł netto/tona.

Innymi słowy Wykonawca zaoferował zakup tony piasku wraz z dostawą za 10,90 zł netto.

Cena jest rażąco niska - niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, zważywszy, że:

1. W PKD BUDPOM Budownictwo Spółka z o. o. w Kruszwicy brak jest przedmiotu działalności w zakresie wydobywania piasku, co prowadzi do wniosku, że pozyskuje (kupuje) piasek na warunkach rynkowych,

2. Skoro dostawa piasku zgodnie z zapewnieniem Wykonawcy będzie odbywać się na trasie Osiek Wielki — Kruszwica zatem winna obejmować koszt dostawy na odległość 86 km (ok. 43 km x 2). Przy kalkulacji rzekomych kosztów transportu przedstawionych we własnych założeniach przez samego Wykonawcę w treści oferty (koszt transportu: 3 zł/km) sam koszt dostawy 20 ton piasku wyniesie 258 zł (86 km x 3 zł/km = 258 zł). Skoro sam koszt dostawy 20 ton piasku wyniesie 258 zł to w tych warunkach nieprawdopodobnym jest, aby Wykonawca na warunkach rynkowych zapewnił zarówno zakup i dostawę 20 ton piasku za cenę 218 zł (20 ton x 10,90 zł netto/tona), z zatem za cenę niższą niż koszt zapewnienia samej dostawy (transportu). W tym stanie rzeczy, brak kwalifikacji powołanej ceny zawartej w ofercie Wykonawcy przez Zamawiającego jako ceny rażąco niskiej stanowiłoby w istocie aprobatę twierdzenia, że Wykonawca na warunkach rynkowych kupuje piasek w cenie niższej niż wynosi koszt jego transportu. Abstrahując od nierealnej ceny na transport (3 zł/km - szerzej będzie o tym mowa w dalszej części odwołania), nie licząc przy tym w ogóle kosztów wydobycia piasku, nawet przy założeniu, że Wykonawca „kupuje” piasek za 0,00 zł to „dokłada” do każdych 20 ton co najmniej 40 zł powiększone o stawkę opłaty eksploatacyjnej za wydobycie kopalin (stosownie do zapisów ust. 4 pkt 33 załącznika do Obwieszczenia Ministra Środowiska z dnia 16 lipca 2018 roku w sprawie stawek opłat za rok 2019 z zakresu przepisów prawa geologicznego i górniczego, wydanego na podstawie art. 136 ust 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 roku - Prawo geologiczne i górnictwo) wynoszącej 0,60 zł za tonę piasku (20 ton x 0,60 zł = 12 zł). Nawet przy założeniu, że Wykonawca „kupuje” piasek za 0 zł to „dokłada” do każdych 20 ton co najmniej 52 zł (powiększone dodatkowo o „rynkowe” koszty transportu - szerzej będzie o tym mowa w dalszej części odwołania).

W tych warunkach cena 10,90 zł netto za zakup tony piasku wraz z dostawą jest niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, a nadto stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia względnie ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu wyeliminowania z lokalnego rynku innych przedsiębiorców.

B. Względem zarzutu w zakresie oferty na cenę transportu materiałów, Odwołujący wskazuje co następuje:

Wykonawca P. P. zaoferował cenę transportu według stawki 3 zł/km.

Cena jest rażąco niska - niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, zważywszy, że koszt transportu samochodem samowładowczym 3 osiowym jest znacznie wyższy niż zaoferowany i w warunkach rynkowych kształtuje się na poziomie nie niższym niż 4 zł.

Na cenę musi mieć bowiem wpływ:

1. koszt paliwa: co najmniej 1,20 zł/km (średnie zużycie 30l/100 km; cena oleju napędowego: 4 zł netto; $4 \text{ zł} \times 30 \text{ l} / 100 \text{ km} = 1,20 \text{ zł/km}$).
2. koszt pracownika: 1,12 zł/km (18 zł/godzinę, przejazd 24 km na odcinku Kruszwica, ul. Spokojna - ul. Mątewska, Inowrocław w obie strony, oczekiwanie na załadunek, załadunek, rozładunek - minimalny czas trwania jednego kursu to 1,5 godziny; $1,5 \text{ godziny} \times 19 \text{ zł} - 27 \text{ zł} / 24 \text{ km} = 1,12 \text{ zł/km}$).
3. opłata drogowa dla Gminy Inowrocław na samochód 3 osiowy: 0,07 zł/km ($1\ 824,00 \text{ zł} / 200 \text{ dni roboczych} = 9,12 \text{ zł/dzień} : 8 \text{ godzin roboczych} = 1,14 \text{ zł/godzina} \times 1,5 \text{ godziny} = 1,71 \text{ zł} / 24 \text{ km} = 0,07 \text{ zł/km}$).
4. koszt ubezpieczenia: 0,10 zł/km ($2\ 500,00 \text{ zł} : 200 \text{ dni roboczych} = 12,50 \text{ zł dziennie} : 8 \text{ godzin roboczych} = 1,56 \text{ zł/godzina} \times 1,5 \text{ godziny} = 2,34 \text{ zł} / 24 \text{ km} = 0,10 \text{ zł/km}$).
5. koszt samochodu z uwzględnieniem amortyzacji: 0,38 zł/km (cena zakupu samochodu 70 000,00 zł, stawka amortyzacji 14% rocznie, $70\ 000,00 \text{ zł} \times 14\% = 9\ 800,00 \text{ zł} : 200 \text{ dni roboczych} = 49 \text{ zł dziennie} : 8 \text{ godzin roboczych} = 6,12 \text{ zł/godzina} \times 1,5 \text{ godziny} = 9,18 \text{ zł} / 24 \text{ km} = 0,38 \text{ zł/km}$).
6. koszt opon: 0,12 zł/km (zużycie: 30%/rok, zakup opon: 3 000,00 zł/rok : 200 dni roboczych - 15 zł dziennie : 8 godzin roboczych 1,87 zł/godzina x 1,5 godzin - 2,80 zł / 24 km = 0,12 zł/km).
7. koszty napraw i obsługi technicznej
8. koszty olejów, smarów i innych płynów eksploatacyjnych,
9. dojazd i powrót sprzętu (koparka, koparko—ładowarka) na budowę,
10. koszty badań technicznych i badań kierowców,
11. koszty tachografu i winiet,
12. koszty licencji na przewóz.

Z przedstawionych wyżej względów realna cena zapewnienia transportu winna stanowić sumę poszczególnych wartości z pkt 1—12. Sama suma pozycji 1-6 daje wynik 2,99 zł/km, a nie uwzględnia przecież dodatkowych niezbędnych kosztów opisanych w pkt 7-12.

C. Względem zarzutu w zakresie oferty na cenę zakupu materiału: 84,00 zł za m³ stabilizacji RM 1,5-2,5 Odwołujący wskazuje co następuje:

Cena jest rażąco niska - niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, zważywszy na okoliczność, że wybudowanie mieszanki polega na jej rozłożeniu i zagęszczeniu, wskutek czego następuje utrata 20%. W tych warunkach, aby uzyskać wymaganą przez Zamawiającego warstwę o przykładowej objętości m³ należy użyć 1,2 m³ półsuchej mieszanki - projekt podaje bowiem warstwę stabilizacji po zagęszczeniu, a nie przed zagęszczeniem. Z przedstawionych względów, kwota 84,00 zł nie wystarczy na zakup stabilizacji RM 1,5-2,5 w celu uzyskania wymaganej warstwy o objętości m³. Cena rynkowa zakupu materiału powinna być wyższa co najmniej o 16,80 zł za m³.

D. Względem zarzutu w zakresie oferty na cenę zakupu materiału: 146,00 zł za m³ betonu c8/10, Odwołujący wskazuje co następuje:

Cena jest rażąco niska - niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, zważywszy na okoliczność, że wybudowanie mieszanki polega na jej rozłożeniu i zagęszczeniu, wskutek czego następuje utrata 20%. W tych warunkach, aby uzyskać wymaganą przez Zamawiającego warstwę o przykładowej objętości m³ należy użyć 1,2 m³ półsuchej mieszanki - projekt podaje bowiem warstwę stabilizacji po zagęszczeniu, a nie przed zagęszczeniem. Z przedstawionych względów, kwota 146,00 zł nie wystarczy na zakup betonu c8/10 w celu uzyskania wymaganej przez Zamawiającego warstwy o objętości m³. Cena rynkowa zakupu materiału powinna być wyższa co najmniej o 29,20 zł za m³.

E. Względem zarzutu w zakresie oferty na cenę zakupu materiału: 84,00 zł za m³ podsypki cementowo-piaskowej 1:4, Odwołujący wskazuje:

Cena jest rażąco niska - niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, zważywszy na okoliczność, że rynkowa cena podsypki cementowo - piaskowej gr. 3 cm, tj. mieszanki cementu i piasku w stosunku do 1:4 z piasku naturalnego spełniającego wymagania PN-EN 13242:2004, cementu powszechnego użytku spełniającego wymagania PN-EN 197-1 i wody odmiany 1 odpowiadającej wymaganiom PN-EN, to ok. 150 zł za m³, a zatem prawie dwukrotnie wyższa od podawanej przez Wykonawcę.

Nadto, Wykonawca nie wkalkulował w cenę żadnych niezbędnych kosztów związanych z wypełnieniem spoin kostki (tzw. zamulaniem).

Z przedstawionych wyżej względów jako zasadna jawi się konkluzja, że oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Trans-Pom P. P., zawiera ceny odbiegające od cen obowiązujących na rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, zaoferowanie powołanych cen powoduje, że realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu oraz prowadzi do wniosku o niewiarygodności cen z powodu ich oderwania od realiów rynkowych.

Argumenty powołane w pkt A prowadzą dodatkowo do wniosku, że złożenie oferty przez Przedsiębiorstwo, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Oferta Przystępującego w powyższym zakresie wyczerpuje znamiona uznania jej złożenia za czyn nieuczciwej konkurencji gdyż poszczególne ceny jednostkowe w istotnych częściach oferty zostały skalkulowane poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia.

Co znamienne, przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (wyrok z 28 marca 2017 roku, KIO 473/17).

Wniesienie oferty, która została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale również poniżej kosztów własnych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk i skutkuje odrzuceniem oferty (wyrok z 11 grudnia 2014 r. KIO 2466/14).

Innymi słowy, złożenie oferty przez PHU Trans-Pom P. P. jest sprzedażą poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest czuwać Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 pzp. Zgodnie z orzecznictwem KIO, art. 90 ust. 1-3 pzp winien nie tylko chronić Zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi działaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, uprawniający do złożenia odwołania, został sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu ofert, a zakresem odwołania jest objęta oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty nie dotyczą oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji. W tym kontekście stwierdza, że nie można wykluczyć, że wykonawca,

których oferta została oceniona korzystniej, nie spełni warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a wtedy wykonawca dalej sklasyfikowany może mieć interes we wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący potencjalnie będzie mógł „wygrać przetarg”, gdy skutecznie zakwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty i przy ponownej ocenie ofert okaże się, że wykonawca pierwotnie sklasyfikowany na drugim miejscu zostanie wykluczony z postępowania. Za uznaniem, że wykonawcy, których oferty uplasowały się na dalszych miejscach w rankingu ofert, posiadają interes prawny do wniesienia odwołania, wprost opowiedziała się Izba w wyroku z dnia 2 lutego 2017 roku KIO 99/17, KIO 100/17.

W orzeczeniu wskazano, że w ocenie Izby fakt, że wykonawcy nie mieli pełnej wiedzy o klasyfikacji ofert oraz postępowanie było prowadzone w ramach procedury odwróconej, powoduje, że interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej należy oceniać szerzej, tj. z uwzględnieniem sposobu procedowania ujętego w art 24 aa pzp. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający wyraźnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV.2.3) że ma zastosowanie procedura odwrócona, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 pzp. Zamawiający nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców złożonych w JEDZ (lub jak w tym wypadku - poniżej progów UE w formie oddzielnych oświadczeń przygotowanych przez Zamawiającego), dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 pzp) oraz ustalonych kryteriów oceny, po czym w odniesieniu do wykonawcy, którego ofertę która uzyskała najwyższą ocenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, dokonuje weryfikacji podmiotowej. Ergo, Zamawiający nie oceniał jeszcze pod względem podmiotowym oferty, która uplasowała się na drugiej pozycji, nawet mimo tego, że ten Wykonawca złożył samodzielnie oczekiwane dokumenty wraz z ofertą (niejako tak jak miało to miejsce przed „nowelizacją z 2016 roku”). Zastosowana procedura odwrócona na obecnym etapie uniemożliwia Zamawiającemu taką ocenę.

Odwołującemu przysługuje zatem prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 prawa zamówień publicznych kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności (uznania oferty za najkorzystniejszą i braku takiego uznania co do oferty złożonych przez odwołującego się wykonawcy).

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że zaskarża również zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy GOLIAT II, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji, albowiem powołany wykonawca wbrew oczekiwaniu Zamawiającego wyrażonym w ogłoszeniu o zamówieniu przedstawił w ofercie wykaz robót, który zawiera ilości wykonanej kostki brukowej i kanalizacji niepokrywające się z przedmiarami robót, które faktycznie

wykonywał. Innymi słowy mimo tego, że spełnione zostały przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp Zamawiający winien był dokonać wykluczenia, czego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie uczynił.

Dokumenty wykazujące powołaną okoliczność Odwołujący przedłożył w ramach przedmiotowego postępowania (pismo skierowane do Zamawiającego z dnia 11 października 2019 roku).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca P. P. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe TRANS-POM, Marcinkowo 37, 88-110 Inowrocław 2

Zamawiający: Gmina Kruszwica w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w sprawie wyjaśnienia oferty firmy Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P. P. w zakresie rażąco niskiej ceny

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał, co następuje.

Oferty złożyło 3 wykonawców.

1. GOLIAT 11 sp. z o.o., Branno, cena 2.147.963,98 zł
2. PHU TRANS-POM P. P. Marcinkowo 37, cena 1.451.231,76 zł
3. Agencja Promocyjno-Reklamowa SEWIM K. L., Kruszwica, cena 2.149.000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 09.10.2019 r wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P. P. do wyjaśnienia oferty w przypadku rażąco niskiej ceny. Całkowita cena oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Wykonawca w dniu 15.10.2019 r przedłożył wyjaśnienia we wskazanym zakresie. Szczegółowe wyjaśnienia i kalkulacje dotyczyły branży drogowej, natomiast w zakresie branży sanitarnej został przedłożony kosztorys ofertowy podwykonawcy, którego wykonawca wykazał na etapie składania oferty, dlatego też Zamawiający wezwał firmę TRANS-POM do uzupełnienia wyjaśnień w tym zakresie. Po przeprowadzeniu analizy wyjaśnień i wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów w zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty, jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego:

1. Wykonawca TRANS-POM P. P. udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny załączając wyjaśnienia, kalkulacje i kosztorys. Zawarte w kosztorysie ofertowym

ceny jednostkowe branży drogowej zostały poparte szczegółowym sposobem kalkulacji ceny oraz ofertami na dostawę materiałów od innych przedsiębiorców. Również uzupełnienie w zakresie branży sanitarnej zostało poparte kalkulacją wykonawcy oraz ofertami handlowymi. Dlatego też w ocenie Zamawiającego Odwołujący błędnie wskazuje na „ wyjaśnienia ogólnikowe, nierzetelne i nieprawdziwe”.

2. Uruchomienie procedury z art. 90 ustawy pzp nie świadczy o rażąco niskiej cenie jak podnosi Odwołujący. Zamawiający dochowując należytej staranności i stosując przepisy ustawowe był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, co też wykonawca w ocenie zamawiającego uczynił.

3. Względem zarzutu w zakresie oferty na dostawę piasku. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie są wystarczające. Przedłożona oferta Firmy BUDPOM Budownictwo Sp. z o.o. potwierdza możliwość zakupu po cenie oferowanej w ofercie. Koszty transportu, jakie przyjął wykonawca w ofercie nie muszą być identyczne jak w ofercie otrzymanej od zewnętrznego dostawcy. Szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót nr D-04.02.01 „warstwa odsączająca” opisuje wymagania dotyczące rodzaju materiału, który ma być zastosowany to wykonania warstwy odsączającej tj. piasku (zgodnie z pkt. 2.1. przywołanej STWiOR). Ponadto określony został sposób transportu materiału i wykonania robót oraz kontroli ich jakości.

Wykonawca prowadzący roboty budowlane zobowiązany jest do wykonania warstwy odsączającej z piasku zgodnie z dokumentacją projektową, z tolerancjami określonymi w specyfikacjach. Analizując specyfikacje (pkt. 6.3.1.1) szerokość warstwy nie może się różnić od szerokości projektowanej o więcej niż +10 cm oraz -5 cm. Dodatkowo zgodnie z (pkt. 6.3.1.5) grubość warstwy powinna być zgodna z określoną w dokumentacji projektowej z tolerancją +1 cm, -2 cm. Biorąc powyższe pod uwagę określenie właściwej ilości materiału do zakupu leży po stronie wykonawcy. Podstawą płatności dla wykonawcy za wykonanie warstwy odsączającej z piasku jest jej wykonanie w oparciu o założenia dokumentacji technicznej z uwzględnieniem szczegółowych STWiOR.

Cena zakupu materiałów może być wynikiem wielu czynników, tj. kosztami wydobycia, warunkami płatności przez odbiorcę, warunkami odbioru i załadunku, rodzajowi środka transportu. Oferta dla APR SEWIM dotyczy zakupu 20t. Nie wskazano ostatecznej wielkości zapotrzebowania, co również mogło mieć wpływ na obniżenie ceny oraz zastosowania środków transportu o większej ładowności.

Wykonawca deklaruje posiadanie własnej bazy transportowej, stąd wykazany koszt transportu na poziomie 3,00 zł/ 1km. Poza kosztami związanymi z bezpośrednim dostarczeniem piasku z terenu żwirowni na plac budowy tj. koszt zakupu paliwa i materiałów

eksploatacyjnych, koszt kierowcy oraz amortyzacja pojazdu nie można jednoznacznie stwierdzić, że pozostałe przywołane koszty tj.np. ubezpieczeń, opłat drogowych, legalizacji tachografu nie zostały pokryte w ramach innych usług zrealizowanych w ciągu roku.

4. Zarzut podnoszony przez Odwołującego w zakresie ceny zakupu materiału: 84,00 zł za m³ stabilizacji RM 1,5-2,5 Zamawiający uważa za bezpodstawny. Wykonawca przedstawił ofertę na zakup materiału od ALSTAL i wykazał sposób kalkulacji pozycji.

Szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót nr D-04.05.01 „ulepszone podłoże z kruszywa stabilizowanego cementem ” opisuje wymagania dotyczące rodzaju materiału, który ma być zastosowany to wykonania ulepszanego podłoża z kruszywa stabilizowanego cementem. Ponadto określony został sposób transportu i wykonania robót oraz kontroli ich jakości. Specyfikacja podaje, że grubość warstwy (pkt. 6.2.6) nie może różnić się od projektowanej o więcej niż +10%, -15%. Szerokość warstwy podbudowy i ulepszanego podłoża (pkt. 6.3)nie może różnić się od projektu o więcej niż +10 cm,- 5 cm.

W opinii Zamawiającego nie można jednoznacznie określić, że przy transporcie, wbudowaniu oraz zagęszczeniu i właściwej pielęgnacji mieszanki następuje utrata jej objętości o 20% w porównaniu z założeniami projektowymi. STWiOR dopuszcza odchyłki od projektowanych grubości. Jeżeli wykonana warstwa mieści się w dopuszczalnych granicach nie ma podstaw do odmowy odbioru zrealizowanej warstwy ulepszanego podłoża z kruszywa stabilizowanego cementem.

5. Podobnie cenę za zakup podsypki cementowo-piaskowej 1: 4 oraz cenę betonu CV 10 Zamawiający w odniesieniu do przedstawionych wyjaśnień uznał za realną. Analogiczna sytuacja jak do wykonywania warstwy podłoża wzmocnionego kruszywem ma miejsce w przypadku realizacji podbudowy z chudego betonu C8/10. Szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót nr D-04.06.01 „podbudowa z chudego betonu” opisuje wymagania dotyczące rodzaju materiału, który ma być zastosowany to wykonania podbudowy z chudego betonu. Ponadto określony został sposób transportu materiału i wykonania robót oraz kontroli ich jakości. Specyfikacja podaje, że grubość warstwy (pkt. 6.3.8) należy mierzyć bezpośrednio po jej zagęszczeniu. Grubość podbudowy powinna być zgodna z dokumentacją projektową z tolerancją +1 cm. Ponadto dopuszcza się wykonanie podbudowy o szerokości zgodnej z dokumentacją projektową i tolerancją +10 cm, -5 cm (pkt. 6.4.2). W opinii zamawiającego podobnie jak przy wykonywaniu ulepszanego podłoża z kruszywa stabilizowanego cementem nie można jednoznacznie określić, że przy transporcie, wbudowaniu oraz zagęszczeniu i właściwej pielęgnacji mieszanki następuje utrata jej objętości o 20% w porównaniu z założeniami projektowymi. STWiOR dopuszcza odchyłki od projektowanych grubości. Jeżeli wykonana warstwa mieści się w dopuszczalnych granicach

nie ma podstaw do odmowy odbioru zrealizowanej warstwy ulepszanego podłoża z kruszywa stabilizowanego cementem.

Wymagania dotyczące podsypki cementowo — piaskowej 1 : 4 zostały opisane w STWiOR D-05.03.23 „nawierzchnia z kostki brukowej betonowej”. W przywołanej specyfikacji ujęto również konieczność wypełnienia spoin w nawierzchni piaskiem. Wykonawca, co prawda nie przedłożył dodatkowego wyliczenia wskazującego wykonanie wypełniania spoin, jednak biorąc pod uwagę wykonanie robót zgodnie z STWiOR należy te prace wykonać i ich wartość w kalkulować w cenę ułożenia nawierzchni z kostki brukowej betonowej na podsypce cementowo — piaskowej.

Podsumowanie pkt.3-5

Reasumując, wymagania dotyczące wykonania każdej z warstw konstrukcyjnych nawierzchni zostały określone w dokumentacji zadania. Dokumentacja projektowa oraz STWiOR stanowią część umowy, a wymagania wyszczególnione w choćby jednym z nich są obowiązujące dla Wykonawcy tak, jakby zawarte były w całej dokumentacji. Wykonawca nie może wykorzystywać błędów lub opuszczeń w dokumentach kontraktowych. Dane określone w dokumentacji projektowej i w STWiOR będą uważane za wartości docelowe, od których dopuszczalne są odchylenia w ramach określonego przedziału tolerancji. Cechy materiałów i elementów budowli muszą być jednorodne i wykazywać bliską zgodność z określonymi wymaganiami, a rozrzuty tych cech nie mogą przekraczać dopuszczalnego przedziału tolerancji.

Dodatkowo, w procesie inwestycyjnym zostają ustanowieni kierownik budowy i inspektor nadzoru inwestorskiego posiadający odpowiednie uprawnienia budowlane. Osoby te pod groźbą odpowiedzialności karnej i zawodowej odpowiadają za zorganizowanie i przeprowadzenie procesu inwestycyjnego zgodnie ze sztuką budowlaną, zatwierdzonym projektem budowlanym, warunkami zgłoszenia budowy oraz przepisami.

6. Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji oferty uwzględniają zysk i koszty poboczne, co Odwołujący powinien zauważyć w udostępnionej i przesłanej do niego korespondencji dotyczącej wyjaśnień firmy Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P. P. .

Podsumowując, jak wskazuje KIO (wyrok z 17.01.2018 r., KIO 17/18) nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Zależy on od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji. Tylko tak będzie można ocenić, i przyjąć, właściwy sposób kalkulacji ceny i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. W ocenie Izby wyjaśnienia zawsze powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Izba wskazała, że jeżeli okoliczności obiektywnie są możliwe do

stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy. Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach, dotyczą wyłącznie założeń przyjętych podczas kalkulacji ceny, to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i złożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P.P. zgodnie z art.90 ust. 1 złożył wyjaśnienia, co do wyliczenia ceny wraz z przedstawieniem dowodów. Zawierały one informacje dotyczące oszczędności wykonania zamówienia:

- własny kapitał w postaci maszyn, urządzeń oraz pracowników,
- bliskość realizacji inwestycji od siedziby firmy (brak kosztów delegacji, zabezpieczenia sprzętu, niskie koszty dowozu),
- koszty pracy, które wykonawca skalkulował na poziomie 18 zł nie są niższe niż minimalna stawka godzinowa ustalona na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Ponadto wykonawca na etapie składania oferty wykazał udział podwykonawcy Drainpol Sp. z o.o. w zakresie branży sanitarnej i w trakcie wyjaśnień przedłożył kalkulację i kosztorys ofertowy podwykonawcy poparty ofertą handlową na istotne elementy cenotwórcze.

Jednocześnie w przedstawione kalkulacje wliczono koszty ogólnozakładowe w wysokości 5% oraz przewidywany zysk w wysokości 5 %.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że wykonawca PPHU TRANS-POM P.P. jest Zamawiającemu znany z realizacji wcześniejszych inwestycji. Wykonywał roboty budowlane po stosunkowo niskich cenach i zadania te zostały wykonane należycie, zgodnie ze sztuką budowlaną i terminowo ukończone. Fakt ten, mimo, że nie wpłynął na sposób oceny oferty jest dla Zamawiającego dodatkową okolicznością, która potwierdza decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, jako właściwą.

W opisanych okolicznościach Zamawiający na podstawie przedłożonej dokumentacji i wiedzy, jaką dysponował wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TRANS-POM P. P., jako ofertę najkorzystniejszą.

Ponadto, Zamawiający wnosi o oddalenie w całości zaskarżenia odwołującego dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy GOLIAT II Sp. z o. o., Branno, ul. Konwaliowa 6, 62-586 Rzgów, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stosował „procedurę zgodnie z art.24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych i wobec czego nie badał pozostałych wykonawców pod

kątem ich wykluczenia. Nawet, jeśli przedłożone do oferty dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku działu w postępowaniu nie spełniałyby wymogów zawartych w SIWZ to Zamawiający nie może wykonawcy niejako z automatu wykluczyć. Na podstawie z art. 26 ustawy pzp Zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnień. Zgodnie ze stanowiskiem UZP, przepis art. 26 ust. 1 i 2 pzp wskazują na żądanie przez Zamawiającego złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zaś art. 26 ust. 3 i 3a pzp wskazuje na żądanie uzupełnienia tych oświadczeń lub dokumentów. W pierwszej kolejności Zamawiający wzywa, więc wykonawcę do przedłożenia stosownych dokumentów, w drugiej natomiast, jeżeli jest to konieczne, wzywa do uzupełnienia dokumentów, których nie uzyskał, bądź do wyjaśnienia treści tych, które wykonawca, co prawda przedłożył, ale są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Przenosząc tę konstrukcję na logikę postępowania o zamówienie publiczne, wykonawca ma dwie możliwości udokumentowania spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Wobec powyższego w teoretycznej sytuacji gdyby Zamawiający odrzucił ofertę znajdującą się na pierwszej pozycji rankingowej musiałby zastosować procedurę określoną w art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet gdyby jak podnosi Odwołujący przedłożony wykaz nie potwierdzałby warunków określonych w SIWZ to wykonawca GOLIAT II mógłby w trybie art.26 ust. 3 przedłożyć nowy wykaz zgodny z oczekiwaniem Zamawiającego i wówczas nie ziściłaby się żadna z podstaw skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Tym samym, bez przeprowadzonej procedury opisanej powyżej przez Zamawiającego, przedwczesny jest osąd Odwołującego Agencja Promocyjno-Reklamowa SEWIM K. L. o spełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. Rozbieżność, na którą powołuje się Odwołujący może wynikać zarówno z omyłki wykonawcy GOLIAT II jak też z wykonania robót dodatkowych, koniecznych lub błędów w przedmiarach realizowanej inwestycji. Na tym etapie postępowania wykluczenie wykonawcy byłoby rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podsumowując: Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w myśl art. 90 ust 1 ustawy pzp były wystarczające i zostały przez Zamawiającego ocenione w sposób właściwy, a w konsekwencji, zdaniem Zamawiającego została podjęta słuszna decyzja, co do nieodrżucenia oferty Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P. P. . Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy GOLIAT II również w opisanej sytuacji jest bezzasadny.

W związku z powyższym Gmina Kruszwica wniosła o oddalenie odwołania w całości.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie.

Odwołujący przypomniał definicję ceny rażąco niskiej i procedurę wyjaśnienia ceny prowadzoną w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Zauważył, że w odpowiedzi na str. 5 zamawiający przywoływał ofertę cenową zakupu 20 ton przy rzeczywistej potrzebie 3000 ton. Złożył uzyskane oferty cenowe na 3000 ton z cenami 15,17,18,19 zł netto i takie uznaje za ceny rynkowe. Uzupełniając stanowisko - pozycja A odwołania dot. ceny piasku. Przypomniał dokonaną w pkt 2 analizę kosztów nabycia i transportu, która wskazuje na znaczące zniżenie w stosunku do cen rynkowych. Wskazał na powiązania osobowe przystępującego z dostawcą, co może mieć znaczenie przy ustalaniu ceny.

Stwierdził, że wskazane przez wykonawcę miejsce pozyskania piasku nie jest eksploatowane i złożył zdjęcia żwirowni ze wskazaniem elementów wody powierzchniowej gruntowej i żwiru na powierzchni zamiast piasku. Dla porównania złożył fotografię funkcjonującej żwirowni.

Pkt B odwołania podtrzymał z argumentacją dotyczącą kosztów transportu.

W zakresie pkt C i D wskazał na fakt zmniejszania objętości materiałów przy zagęszczaniu o ok. 20 %. Złożył uzyskaną ekspertyzę techniczną na okoliczność zagęszczania.

Zanegował także treść strony 6 odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający potwierdza brak dodatkowego wyliczenia dotyczącego wypełnienia spoin. Złożył 4 oferty cenowe dotyczące stabilizacji i podsypki zauważając, że podsypka jest zawsze 2 razy droższa od stabilizacji, a argumenty zawarł w pkt E odwołania. Stwierdził, że przystępujący nie wykazał możliwości pozyskania dwukrotnie tańszego materiału, o czym mowa w wyjaśnieniach. Nie wskazano szczególnych okoliczności właściwych temu wykonawcy pozwalających na zastosowanie ceny dwukrotnie niższej tj. istnienie obniżonej zarówno co do ceny piasku, jak i podsypki. Brak jest dowodu w tym zakresie, a wyjaśnienia są ogólnikowe i niekonkretne (na poparcie stanowiska wskazał na orzeczenia KIO 115/18 KIO 2725/17).

Wskazał na różnice ofert cenowych, z których wskazano cenę 10,90 zł za tonę piasku + transport, a w innym miejscu tę samą cenę za sam materiał bez transportu. Podkreślił ogólnikowość twierdzeń, które nie stanowią dowodu na realność ceny (KIO 191/19). Przypomniał, że koszty wykonania spoin mimo wezwania nie zostały przedstawione w wyjaśnieniach i kalkulacji. Stwierdził, że mimo starań nie uzyskał od dostawcy informacji o cenie materiałów tj. podsypki i piasku.

Wskazał na 2 oferty cenowe ALSTARS z 30 września 2019 r., z których wynika jednakowa cena podsypki i mieszanki tj. 84 zł/ m³.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie z przedstawionym na piśmie stanowiskiem.

Stwierdził, że wyjaśnienia uzyskane od przystępującego były prawidłowe i wystarczające do uznania zaoferowanej ceny, jako realnej. Zauważył, że wykonawca powołał się na wieloletnią współpracę z dostawcami materiałów. Ponadto pozyskał wyjaśnienia od zgłoszonego podwykonawcy kanalizacji deszczowej, na którego zasoby powołał się przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzyskane wyjaśnienia z dnia 15.10, oraz kolejne z 21.10 zawierały szczegółowe kalkulacje, oferty cenowe dostawców i informacje pozwalające na uznanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W związku z zarzutem odwołania wskazanym w piśmie, w odpowiedzi na str.5 o tolerancji szerokości warstw zgodnie z STWIOR, uznał, że można uwzględnić nieprzedstawione wprost skutki zmniejszenia objętości materiałów w wyniku zagęszczenia. Również w tych warunkach przewiduje się materiały do spoinowania kostki, a zatem jest to czynności leżąca po stronie wykonawcy robót.

Stwierdził, że w minionym okresie przystępujący wykonywał na rzecz zamawiającego roboty budowlane o podobnym charakterze i porównywalnym poziomie ceny.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że kruszywo wbrew twierdzeniom odwołującego jest pozyskiwane w eksploatowanej żwirowni przez spółkę, której umowę złożył do akt sprawy z wpisami o przedmiocie działalności wraz z decyzją koncesyjną. Podkreślił, że ilość nabywanego towaru oraz bliska współpraca z innymi podmiotami mają istotny wpływ na wysokość możliwej do uzyskania ceny.

Złożył ofertę dostawcy ALSTAL MAC BETON, dokumenty współpracy z innym podmiotami w tym opisujące realizacje inwestycji na rzecz samorządów, także zamawiającego, również ofertę transportową i ofertę dostawcy piasku.

Wniósł o zasądzenie kosztów według norm przepisanych, nie złożył rachunku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania przezeń legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Dysponowanie taką legitymacją przez odwołującego

jest w sprawie niesporne z uwagi na fakt prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w procedurze tzw. odwróconej tj. art. art 24 aa pzp. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV.2.3) że ma zastosowanie procedura odwrócona. W konsekwencji nie spełniania warunków podmiotowych dokonuje się dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oraz ustalonych kryteriów oceny, po czym w odniesieniu do wykonawcy, którego ofertę która uzyskała najwyższą ocenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, dokonuje weryfikacji podmiotowej. Odwołującemu, którego oferta została wstępnie sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu ma prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej i kwestionowania oferty wybranej.

Rozpoznając odwołania w granicach podniesionych w nich zarzutów Izba uznała, że nie podlegają one uwzględnieniu.

Niesporne są ustalenia dotyczące liczby złożonych ofert, cen wykonawców i ich miejsc w rankingu oceny, a także faktu zaistnienia przesłanek ustawowych przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego co do wysokości ceny zaoferowanej przez przystępującego jako noszącej znamiona rażąco niskiej. Zamawiający dnia 9 października 2019 r wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe TRANS-POM P. P. do wyjaśnienia ceny złożonej przez niego oferty z użyciem formuły co do zakresu i sposobu wyjaśnień oczekiwanych, wyrażonej w przepisie art. 90 ustawy pzp. Wykonawca złożył wyjaśnienia i kalkulacje dotyczące branży drogowej, natomiast w zakresie branży sanitarnej został przedłożony kosztorys ofertowy podwykonawcy, którego wykonawca wykazał na etapie składania oferty z powołaniem na dysponowanie jego zasobami. Z tego względu podmiot trzeci tj. firma TRANS-POM została wezwana przez zamawiającego do uzupełnienia wyjaśnień w tym zakresie. Po przeprowadzeniu analizy wyjaśnień i wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów w zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty, jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający uznaje, że wykonawca przystępujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny załączając wyjaśnienia, kalkulacje i kosztorys. Zawarte w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe branży drogowej zostały poparte przedstawioną kalkulacją ceny oraz ofertami na dostawę materiałów od innych przedsiębiorców. Również uzupełnienie w zakresie branży sanitarnej zostało poparte kalkulacją wykonawcy oraz

ofertami handlowymi. Stopień szczegółowości przedstawionych wyjaśnień pozwalał na uznanie przez Zamawiającego, iż były one konkretne.

Izba ocenia, że nie zachodzą podstawy do twierdzenia, iż informacje w wyjaśnieniach, w tym w szczególności pochodzące od podmiotów trzecich oferujących podwykonawstwo i dostawy materiałów podstawowych, miałyby być nieprawdziwe. Niezależnie od faktu, iż odwołujący ma możliwość uzyskania cen materiałów i ponoszenia kosztów pozostałych na poziomie wyższym, a w rzeczywistości znacząco wyższym niż przystępujący, nie odbiera informacjom, o których mowa wyżej, waloru wiarygodności. Za co najmniej uprawdopodobnione uznano fakt funkcjonowania podmiotu wybranego na rynku właściwym terytorialnie i przedmiotowo ze stosowaniem przez niego podobnych cen do oferowanych w postępowaniu przedmiotowym. Precyzyjna, szczegółowa i będąca wynikiem rzetelnej analizy kosztów, kalkulacja przedstawiona przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania oparta na dostępnych temu wykonawcy źródłach nie oznacza, że jest ona jedynie możliwa i realna na rynku, w tym w zakresie skalkulowania ceny ofertowej zamawiającemu Gminie Kruszwica, a w szczególności, że nie ma możliwości zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia z poniesieniem niższych od przedstawionych w tej kalkulacji kosztów.

Należy także zaznaczyć, że zamawiających przeprowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące wysokości zaoferowanej ceny i jej istotnych składowych w sposób zasługujący na aprobatę, jako że nie przeprowadzony jedynie pro forma, lecz z uwzględnieniem żądań dodatkowych wyjaśnień w zakresie wskazanych elementów. Należy uznać za uzasadnione stanowisko, że wobec przewidzianej w postępowaniu ceny ryczałtowej, która została wyjaśniona w oparciu o zasadnicze składniki cenotwórcze, ewentualne pominięcie niektórych składowych nie stanowiących istotnych elementów, nie odebrało wyjaśnieniom waloru rzetelności i kompletności. Także dopuszczalne i mieszczące się w przewidywanych granicach tolerancji wielkości warstw dają możliwość kompensaty z planowaną objętością materiału, która w wyniku zagęszczenia ulega naturalnemu zmniejszeniu.

Można zauważyć, że ceny zarówno materiałów, jak i ewentualnych usług przewozu, w tym kalkulowanych w cenie nabycia towaru mogą być wynikiem wielu czynników np. kosztami wydobycia surowca, warunkami płatności przez odbiorcę, warunkami odbioru i załadunku, rodzajowi środka transportu, efektem skali, dysponowaniem własnymi bazami surowcowymi, środkami transportu itp.

Jedynie hipotetycznie, zakładając, że wykonawca nie miałby możliwości wykonać zamówienia bez ponoszenia straty, zauważyć należy, że zamawiający dysponuje stosownymi instrumentami prawnymi w celu zapobieżenia negatywnym skutkom takiego stanu rzeczy. Niemniej jednak ocena materiału dowodowego pozwala na przyjęcie, że założenie o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej przez przystępującego, pomimo złożenia z

odwołaniem szczegółowej analizy wysokości kwestionowanej ceny i ceny mającej cechy realnej, to wykonawca wybrany, w toku postępowania przed zamawiającym oraz w ramach postępowania odwoławczego, podołał ciężarowi dowodu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a zatem oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Izba oddała zarzut wyboru przez zamawiającego oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Zarzut oparty jest w całości na stwierdzeniu, że zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska i ta okoliczność powoduje, że mamy do czynienia ceną skalkulowaną poniżej poniesionych kosztów tj. zgodnie z definicją dumpingu przedstawioną w odwołaniu jako sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm. — znku) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zarzut odwołania w sprawie rozpatrywanej jako wywiedziony z kwestionowanej ceny zaoferowanej przez przystępującego podlega oddaleniu z uwagi na poczynione wcześniej (powyżej) ustalenia i oceny wskazujące, że cena nie ma znamion rażąco niskiej.

Wobec niewykazania podstawy źródłowej zarzutu; cena rażąco niska nie została udowodniona, wniosek oparty na odmiennej ocenie ceny stał się błędny tak w rozumieniu wniosku logicznego, jak i podstawy rzeczowej zarzutu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Nie uwzględniono wniosku przystępującego o zasadzenie kosztów zastępstwa prawnego według norm

przepisanych wobec brak ku temu podstaw prawnych. W postępowaniu odwoławczym wynagrodzenia pełnomocnika może być przyznane jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a w wypadku przystępującego jedynie w sytuacji, gdy przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego i pozytywnego dla przystępującego rozstrzygnięcia sprawy. Podstawę prawną stanowi § 3 pkt 2 i 2b rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

.....