

WYROK

z dnia 11 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2018 r. przez wykonawcę **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Lubomia, ul. Szkolna 1; 44-360 Lubomia**, przy udziale wykonawcy **Terra Mota sp. z o.o., ul. Bardiowska 3; 38-300 Gorlice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Terra Mota sp. z o.o., ul. Bardiowska 3; 38-300 Gorlice, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Lubomia, ul. Szkolna 1; 44-360 Lubomia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Lubomia, ul. Szkolna 1; 44-360 Lubomia** na rzecz wykonawcy **ETP S.A., ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice** kwotę 23 829 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lubomia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w sołectwie Syrynia wraz z rozbudową istniejącej oczyszczalni ścieków - etap II*”.

Dnia 19 września 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 września 2018 roku wykonawca ETP S.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach, która zawierała rażąco niską cenę i której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych lub spisu kosztów, który zostanie doręczony.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż odwołujący, nie uwzględniając oferty wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o., złożył najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem posiada interes w złożeniu odwołania. W przypadku odrzucenia oferty Terra Mota Sp. z o.o., oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący wykazał zatem interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czyli wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż cena zaoferowana przez wykonawcę przystępującego opiewa na kwotę brutto 8.340.814,25 zł (6.781.149,80 zł netto), natomiast cena oferty kolejnej, tj. oferty odwołującego wynosi 11.066.310,00 zł (8.997.000,00 zł netto), a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 11.764.297,01 zł (9.564.469,11 zł netto).

Powyższe wynika z zaniżenia następujących pozycji Tabeli Przedmiaru Robót przez przystępującego:

I. ceny związanej z wymaganiami ogólnymi (poz. Razem (I) Wymagania ogólne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 100.000,00 zł netto;

Podnieść należy, iż cena oferty kolejnej w tym zakresie, tj. oferty odwołującego wynosi 146.722,00 zł, a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 158.500,00 zł. Powyższe wskazuje, iż w tym zakresie cena oferty przystępującego stanowi 68% ceny kolejnej oferty i 63% ceny kolejnej oferty.

II. ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora I (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 483.822,00 zł netto;

W tym przypadku, cena oferty kolejnej w tym zakresie, tj. oferty odwołującego wynosi 848.075,93 zł, a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 832.109,57 zł. Powyższe wskazuje, iż w tym zakresie cena oferty przystępującego stanowi 57% ceny kolejnej oferty i 58% ceny kolejnej oferty. W tym sektorze w zbiorczej pozycji 1.1 Kanały grawitacyjne, największe wątpliwości budzą ceny jednostkowe wskazane w pozycjach dotyczących Kanałów z rur PVC-U SN8 wykonywanych metodą wykopową (DN160-315). Dla przykładu w pozycji: Kanały z rur PVC-U SN8 SDR34 o średnicy DN 200 wykonywane metodą wykopową wraz z montażem odcinków w rurach ochronnych przystępująca wskazała cenę jednostkową 300 zł/mb, gdzie inne firmy startujące w przetargu podały kwotę min. 493 zł/mb - odzwierciedlającą cenę rynkową. Niemożliwym jest wykonanie metra bieżącego kanalizacji sanitarnej DN200 za 300,00 zł z uwzględnieniem: cen materiału, szalunków, wynagrodzenia pracowników, sprzętu mechanicznego, odwodnienia kanału, podsypki i zasypki (wraz z wykorzystaniem materiału rodzimego), obsługi geodezyjnej, a także zysku wykonawcy. Kolejnymi, wątpliwymi pozycjami w tym sektorze w zbiorczej pozycji 1.1 Kanały grawitacyjne, są pozycje opisujące Kanały z rur PVC-U SN 8 (przewiert rurą DN180- 400) wykonywanych metodą bezwykopową. W pozycji: Kanały z rur PVC-U SN 8 SDR34 o średnicy DN 200 mm wykonywane metodą bezwykopową - przewiert rurą stalową DN 300 przystępująca wskazała kwotę 600 zł/mb. Najniższa cena jednostkowa za tę pozycję wśród innych firm startujących w przetargu wynosiła min. 1.543,97 zł/mb, tj. cenę rynkową. Należy zwrócić uwagę, iż w podanej cenie muszą zawierać się następujące koszty: materiału rur stalowych, materiału i montażu rur przewodowych wraz z płozami i manszetami, usługi wykonania

przecisku, odwodnienia terenu, obsługi geodezyjnej, wynagrodzenia pracowników, pracy sprzętu mechanicznego, wykonania komór startowych i odbiorczych wraz z ich zabezpieczeniem. Ponadto, należy zaznaczyć, iż rynkowy koszt samej usługi wykonania przecisku dla wskazanej średnicy oscyluje w granicach 600-800 zł/mb.

III. ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora IIa (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 252.885,00 zł netto.

W tym przypadku, cena oferty kolejnej w tym zakresie, tj. oferty odwołującego wynosi 403.433,27 zł, a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 438.625,61 zł. Powyższe wskazuje, iż w tym zakresie cena oferty przystępującego stanowi 62% ceny kolejnej oferty i 57% ceny kolejnej oferty. Podobnie jak w ww. zakresie Sektora I, z tych samych przyczyn, wątpliwości budzą pozycje opisujące Kanały z rur PVC-U SN8 wykonywanych metodą wykopową (DN 160-315) oraz Kanały z rur PVC-U SN 8 (przewiert rurą DNI80-400) wykonywanych metodą bezwykopową.

IV. ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora III (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 1.957.841,70 zł netto.

W tym przypadku, cena oferty kolejnej w tym zakresie, tj. oferty odwołującego wynosi 3.394.034,79 zł, a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 3.441.745,93 zł. Powyższe wskazuje, iż w tym zakresie cena oferty przystępującego stanowi 57% ceny kolejnej oferty i 56% ceny jeszcze dalszej oferty. Podobnie jak w ww. zakresach Sektora I i Sektora IIa, z tych samych przyczyn, wątpliwości budzą pozycje opisujące Kanały z rur PVC-U SN8 wykonywanych metodą wykopową (DN160-315) oraz Kanały z rur PVC-U SN 8 (przewiert rurą DN180- 400) wykonywanych metodą bezwykopową.

V. ceny wykonania rurociągów tłocznych dla Sektora IIa (poz. Razem (1.2) rurociąg tłoczny - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 115.295,00 zł netto.

W tym przypadku, cena oferty kolejnej w tym zakresie, tj. oferty odwołującego wynosi 189.043,10 zł, a kolejnej trzeciej pod względem ceny - 287.758,22 zł. Powyższe wskazuje, iż w tym zakresie cena oferty przystępującego stanowi 60% ceny kolejnej oferty i 40% ceny kolejnej oferty. Powyższe wskazuje na fakt, że przystępujący nie mógł uwzględnić wszystkich kosztów, które powinny znajdować się w szczególności w wycenie pozycji - Kanały grawitacyjne w Sektorach I, IIa oraz III.

Odwołujący podkreślił, że kontrakt ma charakter obmiarowy, wobec tego na początku każdego działu Tabeli Przedmiaru Robót jest zapis, jakie elementy powinny być składową podanej przez oferenta ceny jednostkowej. Oprócz tego, udostępniona przez zamawiającego dokumentacja techniczna dokładnie precyzuje zakres, który nie może zawierać się

w podanych przez przystępującego cenach. W zakresie kanałów grawitacyjnych, wykonawca powinien uwzględnić poza materiałami, *montaż przewodów kanalizacyjnych - roboty podstawowe wraz ze wszystkimi robotami tymczasowymi i pracami towarzyszącymi, w tym między innymi: obsługę geodezyjną, wszystkie roboty rozbiórkowe, zdjęcie i odtworzenie warstwy ziemi urodzajnej, przełożenia i zabezpieczenia sieci kolidujących, roboty ziemne; zabezpieczenie wykopów z odwodnieniem (jeżeli konieczne), wzmocnienie podłoża, roboty montażowe (rury, kształtki), próby pomontażowe (w tym m.in, inspekcja telewizyjna kanałów), zabezpieczenie instalacji i obiektów istniejących, odtworzenie istniejących ogrodzeń oraz przepompowywanie ścieków, a także wykonanie i umocnienie komór przewiertowych, montaż i przygotowanie maszyny do wierceń/przecisków, likwidacja stanowiska przewiertowego (dla metody bezwykopowej), odwóz, składowanie, utylizacja gruntu, gruzu i innych odpadów budowlanych.*

Nie sposób nie zauważyć, że kanały grawitacyjne, a więc pozycje, które zostały w sposób znaczący zaniżone przez przystępującego, stanowią istotny zakres przedmiotu umowy, a ich należyte wykonanie stanowi w zasadzie trzon wykonania przedmiotu umowy, którym jest budowa kanalizacji sanitarnej. Nieprawidłowe wykonanie tych zakresów, spowoduje że przedmiot umowy nie zostanie wykonany w sposób nadający się do użytku, a zatem nie zostanie osiągnięty cel umowy - wybudowanie sprawnej i funkcjonalnej kanalizacji sanitarnej.

Odwołujący podkreślił, że w jego ofercie zakres związany z wykonaniem kanałów grawitacyjnych w Sektorach I, IIa oraz III został wyceniony łącznie na kwotę 4.645.543,99 zł netto, a w kolejnej, trzeciej pod względem ceny na kwotę 4.712.481,11 zł netto. Mając na uwadze, że całkowita cena zaoferowana w ofercie odwołującego wynosi 8.997.000,00 zł netto, a w ofercie kolejnej 9.564.469,11 zł netto, zakres ten stanowi ponad połowę zakresu stanowiącego całkowity przedmiot umowy. Zaniżenie ceny tego zakresu powoduje ryzyko niewykonania całego przedmiotu umowy.

Odwołujący podkreślił, iż sam zamawiający zasadnie zdiagnozował istotne ww. elementy składowe, które powinny być zbadane pod kątem czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym, pismem z dnia 13 sierpnia 2018 roku, wezwała przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 w zw. z ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, w zakresie obejmującym wyjaśnienie:

I. ceny związanej z wymaganiami ogólnymi (poz. Razem (I) Wymagania ogólne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 100.000,00 zł netto;

II. ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora I (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 483.822,00 zł netto;

III. ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora IIa (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 252.885,00 zł netto;

IV. cena wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora III (poz. Razem (1.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 1.957.841,70 zł netto;

V. ceny wykonania rurociągów tłocznych dla Sektora IIa (poz. Razem (1.2) rurociąg tłoczny - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w ofercie przystępującego wynosi 115.295,00 zł netto.

Powyższe potwierdza, że oczywistym jest fakt, iż dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy konieczne jest wykonanie kanałów grawitacyjnych, które w zasadzie same w sobie stanowią sieć kanalizacyjną - przedmiot umowy. Bez prawidłowego wykonania kanałów grawitacyjnych nie będzie możliwe wykonanie i istnienie kanalizacji, zatem ich charakter jest na tyle istotny, że niedoszacowanie tej pozycji może zagrażać realności wykonania kanalizacji w ogóle. Nawet jeżeli by przyjąć, że to nie wartość czy zakres elementu składowego decyduje o jego istotności, to w tym przypadku wpływ tego elementu na prawidłowość wykonania zamówienia jest oczywisty. Odwołujący podkreślił nadto, iż zgodnie z §5 wzoru umowy, wykonawca za wykonanie pełnego zakresu prac i robót objętych przedmiotem umowy otrzyma wynagrodzenie wynikające z zatwierzonego przez zamawiającego Wycenionego Przedmiaru Robót, rozliczone na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót, na podstawie kosztorysu powykonawczego według niezmiennych cen określonych w Wycenionym Przedmiarze Robót. Tym samym w postanowieniach s.i.w.z. zamawiający przesądził jednoznacznie, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości będącej iloczynem cen jednostkowych, wynikających z kosztorysu ofertowego i obmiaru rzeczywiście wykonanych robót. A zatem ceny jednostkowe wymienionych powyżej zakresów, a nie cena globalna podana w ofercie, w ostatecznym rozrachunku, decydują o tym czy przedmiot umowy zostanie w ogóle wykonany, a także, jakie wynagrodzenie osiągnie wykonawca, co oznacza, że dla oceny rażąco niskiej ceny istotne znaczenia ma kalkulacja cen w powyższych zakresach.

Przystępujący, co prawda złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny przy piśmie z dnia 21 sierpnia 2018 roku, niemniej jednak nie podołał ciężarowi dowodowemu, który spoczywał na nim w zakresie udowodnienia, że cena zaoferowana w zakresach wskazanych przez zamawiającego, mających decydujące znaczenia dla wykonania przedmiotu umowy, nie jest rażąco niska. Mimo powyższego, zamawiający przyjął ww. wyjaśnienia, a w konsekwencji wybrał ofertę przystępującego, jako ofertę najkorzystniejszą, mimo że powinna podlegać ona odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo działanie, jakim jest złożenie oferty z rażąco niską ceną powinno być postrzegane również w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zaoferowanie usług poniżej kosztów świadczenia miało na celu wyeliminowaniu konkurencji poprzez zaniżenie ceny oferty. Treść złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdza, iż wykonawca nie posiada żadnych konkretnych argumentów uzasadniających zaoferowanie takiej ceny, a tym samym wskazują one na celowe i świadome działanie ukierunkowane na eliminację konkurencji. A zatem, oferta przystępującego powinna zostać odrzucona przez zamawiającego także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż oferta przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z wyjaśnień, jakie przystępująca złożyła zamawiającemu w ramach rażąco niskiej ceny wynika, iż w swej ofercie zaoferowała studzienki kanalizacyjne systemowe z tworzywa sztucznego DN 1000 mm firmy K. . Wspomniane studzienki zgodne z dokumentacją projektową ma w swej ofercie jedynie dwóch producentów i wśród nich nie ma firmy K.. Dokumentacja techniczna jasno i dokładnie opisuje parametry studzienki jakie należy zastosować. Korzystając z katalogów produktowych firmy K. wynika, iż nie posiadają w swej ofercie studzienek o elementach ożebrowanych pionowo oraz kinet z wymaganym spadkiem. Dodatkowo system ten nie daje możliwości połączenia studni z rurą bez zastosowania kształtek, na co nie wyraził zgody zamawiający. Ponadto, na etapie zadawania pytań zamawiający podtrzymał konieczność zastosowania studzienek z tworzywa sztucznego DN1000 zgodnie z dokumentacją. Tym samym, oferta przystępującego podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Terra Mota sp. z o.o. („przystępujący”).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne, jednakże biorąc pod uwagę zakres uwzględnionych przez Izbę zarzutów, Izba stwierdziła, że mają one wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Tym samym na mocy przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (*Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*), odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Odnośnie zarzutów wskazanych w pkt 1 odwołania, dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający pismem z dnia 13 sierpnia 2018 roku, wezwał przystępującego, w trybie przepisu „*art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień popartych dowodami, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu za wykonanie robót budowlanych (...), w szczególności w zakresie:*

- 1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za*

pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,*
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym. obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,*
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,*
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Cena zawarta w złożonej przez Państwa ofercie (8 340 814,25 zł brutto) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami zawartymi w ogłoszeniu oraz siwz i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności jest niższa o 31,15 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (12 114 663,04 zł brutto).

W szczególności proszę o wyjaśnienie:

- ceny związanej wymaganiami ogólnymi (poz. Razem (I) Wymagania ogólne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w Państwa ofercie wynosi 100 000,00 zł netto,*
- ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora I (poz. Razem (I.1) kanały grawitacyjne Wycenionego Przedmiaru Robót), która w Państwa ofercie wynosi 483 822,00 zł netto,*
- ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora IIa (poz. Razem (I.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która Państwa ofercie wynosi 252 885,00 netto,*
- ceny wykonania rurociągów tłocznych dla Sektora IIa (poz. Razem (I.2) rurociąg tłoczny Wycenionego Przedmiaru Robót), która w Państwa ofercie wynosi 115 295,00 zł netto,*
- ceny wykonania kanałów grawitacyjnych dla Sektora III (poz. Razem (I.1) kanały grawitacyjne - Wycenionego Przedmiaru Robót), która w Państwa ofercie wynosi 1 957 841,70 zł netto.*

Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów jeżeli poszczególne ceny lub koszty mają charakter informacji ogólnodostępnych - w takim przypadku wystarczające wskazanie źródła pochodzenia informacji.

Zamawiający przypomina o treści przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający informuje, iż zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy oferta Wykonawcy zostanie odrzucona jeżeli nie udzieli on wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r., złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż „(...) cena ofertowa została wyliczona w oparciu o wzór kosztorysu udostępnionego przez zamawiającego oraz dostępną dokumentację techniczną. W naszej ocenie dołożyliśmy wszelkich starań, aby złożyć ofertę wycenioną możliwie najrzetelniej. Wykonując kalkulację braliśmy pod uwagę fakt, iż posiadamy własny w pełni zamortyzowany park maszynowy wyposażony w kilkaset maszyn, w tym wszystkie potrzebne do wykonania zadania. Zapewniamy, iż do realizacji zamówienia zostaną użyte ekonomiczne pod względem spalania jednostki, niskie zużycie paliwa przekłada się na stawki za m-g. Czas oraz cenę za wykonanie poszczególnych prac konsultowaliśmy z pracownikami, którzy posiadają wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu robót o podobnym zakresie. Ceny materiałów kalkulowaliśmy na podstawie bieżących ofert otrzymanych od naszych dostawców, zgodnie z panującym trendem postanowiliśmy w większości zastosować przy budowie kanalizacji materiały tego samego producenta dla studni, rur i kształtek co zapewnia najwyższą jakość i gwarantuje wieloletnią bezusterkowość. Stawki za roboczogodzinę ustaliliśmy zgodnie z obowiązującymi przepisami na poziomie co najmniej 14,50 zł za godzinę. Cena wyliczona w wymaganiach ogólnych jest oparta na naszym dotychczasowym doświadczeniu przy wykonywaniu zadania o podobnym zakresie i złożoności. Co do wątpliwości zamawiającego odnośnie wyceny stawki za metr przy budowie kanałów rurowych wykonywanych metodami wykopowymi jak i bez wykopowymi tu. Spółka brała pod uwagę między innymi korzystne usytuowanie terenu, możliwość częściowego wbudowania materiału rodzimego, co znacznie obniża koszty wywozu oraz zakupu materiałów do podsypki i obsypki, wydajność użytego sprzętu. Wliczona do pozycji cena rur została na podstawie otrzymanych ofert.

Jeżeli chodzi o rażąco niską cenę pewne wątpliwości budzą wymagania zamawiającego, co do studzienek kanalizacyjnych, gdzie niektóre rozwiązania mogłyby wskazywać na jednego możliwego producenta. Firma Terra Mota sp. z o.o. potraktowała te rozwiązania jako przykładowe a zamawiający niecelowo użył sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub konkretnego producenta. Oferujemy montaż na w/w zadaniu studni jednego z wiodących na rynku polskim producentów – firmy K. . Firma K. zapewnia, iż w świetle prawa zamówień publicznych studnie z tworzyw sztucznych (w tym studnie Dn 1000) spełniają wymagania zamawiającego. Zaznaczamy, że w tym produkcie zamiast króćców spawanych bocznych stosuje się wkładkę IN SITU, można ją zastosować na każdej wysokości i w każdym kierunku. W przypadku braku aprobaty przez zamawiającego na w/w produkt, uznajemy naszą ofertę jako ofertę z ceną rażąco niską. Rażąco niska cena w związku z wyżej wymienionym przypadkiem będzie wynikać z konieczności zastosowania nie przewidzianych przez nas droższych studni.

Zaznaczamy, że produkt proponowany przez nas w naszej ocenie jest bardzo dobrej jakości i spełnia normy wymagane dla budowy kanalizacji oraz ma długą żywotność.”

Do przedmiotowych wyjaśnień, przystępujący nie załączył żadnych dowodów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, uznać należało za wadliwą. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, jak i stanowiskiem doktryny, co również wprost wynika z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, wszelkimi możliwymi środkami, że cena przedstawiona w ofercie nie jest ceną rażąco niską (RNC).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający prawidłowo ustalił i zastosował tryb wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, albowiem cena oferty przystępującego odbiegała od średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert o 31,15%. Zamawiający prawidłowo również wskazał w wezwaniu, która część oferty cenowej budzi jego szczególne wątpliwości.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w sposób bardzo ogólnikowy, można rzec lakoniczny, udzielił wyjaśnień, które w żadnej mierze nie udowadniały, iż cena oferty przystępującego nie zawiera RNC. Przystępujący w wyjaśnieniach przez siebie złożonych oświadczył, że:

- dołożył wszelkich starań aby wycenić ofertę najrzetelniej – zdaniem Izby, każdy z wykonawców składających ofertę, dokonał wyceny rzetelnie, nie jest to więc argument, który dotyczyłby tylko przystępującego,

- posiada własny w pełni zamortyzowany park maszynowy – Izba nie kwestionuje tej okoliczności, jednakże przystępujący, na tę okoliczność winien przedstawić dowody, iż faktycznie taka sytuacja ma miejsce, a ponadto winien wykazać w jaki sposób posiadanie własnego, w pełni zamortyzowanego sprzętu daje przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, w szczególności w jaki sposób pozwalało na zaoferowanie ceny ofertowej,

- zostaną użyte ekonomiczne pod względem spalania jednostki – w ocenie Izby przystępujący nie wykazał jakie to jednostki i na jakim poziomie spalanie jest niższe od innych, nie udowodnił w jaki sposób posiadanie takich jednostek daje przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, w szczególności w jaki sposób pozwalało na zaoferowanie ceny ofertowej,

- czas i cenę konsultował z pracownikami, którzy posiadają wieloletnie doświadczenie – zdaniem Izby sam fakt konsultacji z pracownikami nie buduje przewagi konkurencyjnej, a posiadanie doświadczonej kadry jest wymaganiem jednolitym dla wszystkich wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu,

- ceny kalkulował na podstawie bieżących ofert – Izba wskazuje, iż w celu wykazania rzetelności zaoferowanej ceny ofertowej, przystępujący winien załączyć do wyjaśnień oferty swoich dostawców, które potwierdzałyby podnoszą przez przystępującego okoliczność,

- stawki roboczogodziny ustalił zgodnie z obowiązującymi przepisami – zdaniem Izby, samo twierdzenie nie przenosi większych wartości, albowiem pozbawione jest wskazania, ile osób będzie zatrudnionych przez przystępującego do realizacji przedmiotowego zadania, brak dokładnych wyliczeń nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, czy zastosowanie stawek zgodnie z przepisami dawało przystępującemu przewagę konkurencyjną,

- przystępujący wziął pod uwagę korzystne usytuowanie terenu i przewidział możliwość wykorzystania materiału rodzimego – zdaniem Izby są to okoliczności dostępne wszystkim wykonawcom na równym poziomie i w takim samym stopniu – nie jest to okoliczność wyłączna jedynie przystępującemu,

- cena rur wyliczona została na podstawie otrzymanych ofert – przystępujący nie wykazał stosownym materiałem dowodowym, że faktycznie uzyskał korzystniejsze ceny niż konkurencja,

- przystępujący potraktował rozwiązania wskazane przez zamawiającego w s.i.w.z., jako przykładowe, wobec czego zaoferował rozwiązania firmy, która odmiennie realizuje niektóre wymagania, jednakże w ocenie przystępującego spełniają założenia zamawiającego – zdaniem Izby przystępujący nie wykazał (oferując rozwiązanie równoważne) w jaki sposób oferowane rozwiązanie buduje przewagę konkurencyjną nad innymi ofertami – w szczególności w jaki sposób oferowane rozwiązanie przedkłada się na cenę oferty.

Podnieść również należy, że przystępujący był świadomy, iż oferując rozwiązanie inne niż te, które w s.i.w.z. opisał zamawiający (rozwiązanie równoważne), jego oferta może nie uzyskać aprobaty zamawiającego i w tym zakresie przystępujący oświadczył, że jego oferta zawiera RNC. Na uwagę zasługuje również fakt, iż przystępujący w swojej ofercie nie podał rozwiązania jakiego zamierza użyć, dlatego też zamawiający miał pełne prawo wymagać, na etapie realizacji umowy – rozwiązania referencyjnego – opisanego w s.i.w.z. W tym też zakresie oferta przystępującego pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem w swojej treści nie powołuje się na rozwiązania równoważne. Informację taką zamawiający uzyskał dopiero w chwili złożenia przez przystępującego wyjaśnień dot. RNC.

Rekapitulując powyższe stanowisko, Izba wskazuje, iż przystępujący nie wykazał – na etapie badania i oceny ofert – że jego oferta nie zawiera RNC. Przystępujący nie udowodnił zamawiającemu jakie oszczędne metody zastosował przy wykonywaniu tego zamówienia, jakie specjalne rozwiązania techniczne, czy też wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia są dostępne temu wykonawcy. W szczególności przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie okoliczności podnoszonych w wyjaśnieniach. Dowody

składane przez przystępującego na rozprawie są dowodami spóźnionymi, dlatego podlegały oddaleniu. Nadto oferty dostawców, składane jako dowody noszą daty po otwarciu ofert, dlatego też nie mogą potwierdzać okoliczności sprzed dnia złożenia oferty.

W okolicznościach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji podlega również odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem odwołujący nie wykazał, poza lakonicznym stanowiskiem wyrażonym w treści odwołania (*de facto* jednozdaniowym), w jaki sposób przystępujący, składając swoją ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu (poza pisemną i ustną argumentacją) na okoliczności podnoszone w ramach stawianego zarzutu.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego wyliczenia własne wraz z ofertami, złożone przez odwołującego, wskazując iż odnoszą się one w sposób realny do faktycznych kosztów, jakie należało uwzględnić przy założeniu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w treści s.i.w.z.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania (20 000,00 zł), dojazdu (229,00 zł) oraz wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600,00 zł).

Przewodniczący: