

## WYROK

z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 czerwca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2019r. przez wykonawcę Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcy 120 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jawornik Polski z siedzibą w Jaworniku Polskim 30

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Przy Torze 1 i J. L. prowadzącego Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz J. L. z siedzibą w Przeworsku, Gorliczyna 675

zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt Kio 911/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcy 120 i
  - 2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcy 120 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcy 120 na rzecz Gminy Jawornik Polski z siedzibą w Jaworniku Polskim 30 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

Przewodniczący:.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Hadle Szklarskie, Hadle Kańczuckie, Manasterz i Zagórze w ramach projektu Uporządkowanie gospodarki ściekowej Etap II - budowa części kanalizacji sanitarnej na terenie Aglomeracji Manasterz i montaż instalacji fotowoltaicznych dla przepompowni i oczyszczalni ścieków zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 grudnia 2018r. za numerem 660301-N-2018.

W dniu 14 maja 2019r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 20 maja 2019r. odwołanie wniósł wykonawca Sanitex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńcu 120 - dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 20 maja 2019r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wyniku ponownego badania i oceny ofert zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont oraz J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz, pomimo faktu, iż cena zaproponowana przez w/w konsorcjum była w sposób obiektywny rażąco niska podobnie jak koszty a tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu (co zamawiający powinien był uczynić) zaś konsekwencją naruszenia było pozbawienie Odwołującego zamówienia publicznego w sytuacji gdy to jego oferta winna była zostać oceniona jako najkorzystniejsza zaś sam odwołujący stałby się wówczas beneficjentem zamówienia publicznego. Szkodą odwołującego jest brak możliwości realizacji umowy oraz osiągniętego w związku z tym zysku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych:

- Art. 87 ust. 1 ustawy przez faktyczne umożliwienie Konsorcjum prowadzenia negocjacji co do treści złożonej oferty z uwagi na okoliczność, iż w toku postępowania Konsorcjum kilkakrotnie przedstawiało różne kalkulacje pozycji kosztorysowych w sytuacji gdy prowadzenie negocjacji co do treści oferty jest niedopuszczalne;
- Art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum w sytuacji gdy oferta ta zawierała zarówno rażąco niską cenę jak i koszty a co za tym idzie oferta Konsorcjum winna zostać przez zamawiającego odrzucona zaś jako najkorzystniejsza winna zostać wybrana oferta odwołującego;
- Art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez pominięcie w ocenie ofert faktu, iż oferta Konsorcjum podlegać winna odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona poważne błędy w zakresie obliczenia ceny oraz kosztów;
- Art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum w sytuacji gdy Konsorcjum nie wyjaśniło i nie wykazało oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Konsorcjum, oryginalności projektu Konsorcjum, 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, pomimo, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 kwietnia 2019r. winno było to uczynić;
- Art. 90 ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo faktu, iż Konsorcjum nie wykazało, iż złożona oferta nie zawiera ceny, która nie jest ceną rażąco niską oraz kosztów, które nie są rażąco niskie w sytuacji gdy okoliczności te winny być wykazane przez Konsorcjum a nadto zarówno cena jak i koszty faktycznie były rażąco niskie zaś dodatkowo dysproporcja ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum odbiegała od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (art. 91 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych) o około 35%;
- Art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, Konsorcjum jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia oraz złożone dowody wskazywały, że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz koszty;
- Art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy wskazana w ofercie cena była rażąco niska zaś kryterium ceny było jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu natomiast w zakresie pozostałych kryteriów liczba punktów odwołującego i Konsorcjum była taka sama;

■ Art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez faktyczny brak uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie dotyczącym wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oraz przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących taką ocenę, pomimo iż czynność badania ofert była powtórzona na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019r. wobec wątpliwości co do kwalifikacji ceny oraz kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum pod kątem ich oceny jako rażąco niskich;

■ Art. 96 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez faktyczne niewskazanie w treści protokołu powodu wyboru oferty (Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż oferta Konsorcjum została uznana za najkorzystniejszą na podstawie bilansu ceny i innych kryteriów określonych w specyfikacji), pomimo, iż ocena ofert była powtórzona na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r. i następowała w związku z zastrzeżeniami co do ceny i kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum jako rażąco niskich a co za tym idzie zamawiający winien był w tym zakresie precyzyjnie opisać wszelkie okoliczności związane z wątpliwościami co do ceny i kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum;

■ Art. 8 ust. 1- 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 i 8 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez nieudostępnienie odwołującemu wszystkich załączników do protokołu (które to załączniki stanowią integralną jego część) w oparciu o instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa, i z powołaniem się na jedynie lakoniczne (tj. bez szczegółowego uzasadnienia) oświadczenie Konsorcjum w zakresie danych objętych tą tajemnicą, czym wypaczono - przez nadużycie gwarancyjnego charakteru instytucji prawnej tajemnicy przedsiębiorstwa - gwarancję odwołującego jako uczestnika postępowania przetargowego, uniemożliwiając mu tym samym polemikę co do meritum oferty i wyjaśnień Konsorcjum, podczas gdy zgodnie z treścią przepisów, których obrazę się niniejszym zarzuca, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu zaś sam protokół wraz z załącznikami jest jawny natomiast równolegle informacje te na podstawie przepisów tak ustawy jak i ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, winny zostać udostępnione odwołującemu z uwagi na okoliczność, iż odwołujący na gruncie postępowania przetargowego działa w ramach ochrony swojego uzasadnionego interesu oraz gwarancji wynikających z przepisów ustawy w celu ich ochrony i urzeczywistnienia.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i w związku z tym unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako bezzwzględnie wadliwej wobec zawarcia w niej rażąco niskiej ceny i kosztów a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu kolejnego powtórzenia czynności badania i oceny ofert a także odrzucenia oferty Konsorcjum,
2. Nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego,
3. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący podniósł, że odwołanie jest skierowane przeciwko wyborowi oferty Konsorcjum nie zaś przeciwko czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r. Sygn. akt KIO 515/19. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej pomimo faktu, iż nakazywał unieważnienie odrzucenia oferty Konsorcjum i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, to jednak nie przesądzał wyboru oferty Konsorcjum ani oceny tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny i kosztów, wskazując, jedynie, iż na ówczesnym etapie określone decyzje zamawiającego były przedwczesne. Na zasadzie analogii nie jest wykluczone zatem - w przypadku podzielenia przez Izbę argumentacji zawartej na gruncie odwołania - nakazanie unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum oraz kolejnego zbadania a w konsekwencji nakazania wyboru - w wyniku przeprowadzonej oceny - oferty odwołującego.

Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 515/19 Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont oraz J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz, nakazała zamawiającemu - Gminie Jawornik Polski - unieważnienie czynności odrzucenia ich oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty ówczesnie odwołujących się w ramach postępowania pod nazwą: Budowa kanalizacji Sanitarnej wraz z przyłączeniami w miejscowości Hadle Szklarskie, Hadle Kańczuckie, Manasterz i Zagórz w ramach projektu Uporządkowanie gospodarki ściekowej Etap II - budowa części kanalizacji sanitarnej na terenie Aglomeracji Manasterz oraz montaż instalacji fotowoltaicznych dla przepompowni i oczyszczalni ścieków, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W uzasadnieniu w/w wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odrzucenie oferty było nieprawidłowe na ówczesnym etapie postępowania. Izba wskazała, iż podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada jawności (art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych). Nadto Izba wskazała, że zamawiający nie może odrzucać oferty na; podstawie niejasnych przesłanek, nieznanymi wykonawcy. W treści uzasadnienia

wskazane ponownie, iż ocena w omawianym zakresie była przedwczesna. Konkluzja płynąca z wyroku Izby nakazywała ponownie przeprowadzić badanie i oceną ofert.

W wyniku ponownie przeprowadzonego badania i oceny ofert zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont oraz J. L. Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz.

Zamawiający - w zakresie uzasadnienia - wyjaśnił tylko, że oferta tych wykonawców zgodnie z przyjętymi kryteriami została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący zacytował przepisy art. 8 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wedle zaś ust. 8 tego samego artykułu „Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdy nastąpiło w celu ochrony uzasadnionego interesu chronionego prawem, w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi lub w celu ujawnienia nieprawidłowości, uchybienia, działania z naruszeniem prawa dla ochrony interesu publicznego, lub gdy ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec przedstawicieli pracowników w związku z pełnieniem przez nich funkcji na podstawie przepisów prawa było niezbędne dla prawidłowego wykonywania tych funkcji”.

W ocenie odwołującego, informacje co do których Konsorcjum złożyło zastrzeżenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mogły być skutecznie chronione omawianym zastrzeżeniem w szczególności w kontekście brzmienia w/w przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Konsorcjum złożyło te zastrzeżenia w sposób spóźniony. Nadto Konsorcjum w ramach poczynionego zastrzeżenia nie uzasadniło należycie konieczności takiej ochrony a skupiło się na lakonicznym jedynie stwierdzeniu, iż takowe zastrzeżenie czyni. Takie zastrzeżenie jest niewystarczające. Kwestia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych jest o wiele bardziej złożona. Nie każde bowiem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne. Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa musi uzasadnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę. Uzasadnienie powinno być konkretne, a nie wyłącznie stanowiące formalność. Brak wykazania (uzasadnienia) tajemnicy ma ten skutek, że zamawiający może przedmiotowe informacje udostępniać/ujawnić tak, jakby tajemnica nie została zastrzeżona. Zamawiający nie może natomiast z powodu niepełnego zastrzeżenia oferty odrzucić - co zrozumiałe w kontekście przepisów.

Odwołujący wskazał wyrok KIO z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 381/17, wyrok KIO z 6 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 102/17; KIO 110/17, wyrok KIO z 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 256/17. Po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r. Sygn. akt KIO 515/19 wiadomym było, iż nastąpi ponowne badanie ofert w związku z zastrzeżeniem co do ceny i kosztów zaoferowanych przez Konsorcjum. W tym zakresie Konsorcjum zobligowane zostało do złożenia dodatkowych wyjaśnień, przed czym zresztą - jak podkreślało samo Konsorcjum - nigdy się nie bronilo. Złożenie jednak wyjaśnień z jednoczesnym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji gdy zastrzeżenia dotyczyły zaoferowanej ceny i kosztów stanowi w ocenie odwołującego, na gruncie spornej kwestii swoiste wypaczenie, które w ocenie odwołującego uniemożliwiło mu polemikę co do poszczególnych pozycji objętych dodatkowymi wyjaśnieniami. Zdaniem odwołującego nie można było korzystać z instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do kwestii co do których Konsorcjum uczyniło takie zastrzeżenie. Przepis art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyraźnie wskazuje bowiem, że w przypadku gdy określony podmiot zmierza do ochrony uzasadnionego interesu chronionego prawem tym bardziej zaś w celu wykazania nieprawidłowości i naruszeń przepisów prawa celem ochrony interesu publicznego (a za taki należy uznać dbałość o zabezpieczenie należytej i terminowej realizacji zamówienia na płaszczyźnie którego toczy się niniejszy spór) nie może być mowy o naruszeniu przepisu z zakresu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający natomiast na gruncie prowadzonego postępowania, nie może bezkrytycznie przyjmować wszelkich twierdzeń stron a szczególną jego uwagę winno zwrócić to, że każda ze stron na gruncie postępowania posiada określone interesy. Zamawiający powinien ponadto mieć na względzie przepisy ustawy szczególnie w zakresie tych elementów, które ustawa wprost wymienia jako elementy jawne. Za nieuzasadnione należy uznać wobec tego nieujawnienie załączników do wyjaśnień Konsorcjum z dnia 23 stycznia 2019 r. oraz z dnia 6 maja 2019 r. w tym w szczególności kosztorysu pomocniczego, wykazu środków trwałych oraz kalkulacji elementów w zakresie kosztów pośrednich. Takie zastrzeżenie fatycznie bowiem miało na celu wyłącznie pozbawienie odwołującego skutecznej argumentacji przeciwstawnej do twierdzeń Konsorcjum.

Co ciekawe do ostatnich wyjaśnień z dnia 6 maja 2019 r. Konsorcjum dołączyło kosztorys pomocniczy, który w ocenie Konsorcjum stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum zapomniało jednak, że na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 8 kwietnia 2019, podobny kosztorys został przedstawiony i zamawiającemu i ówczesznie jeszcze przystępującemu Sanitex Sp. z o.o. Podobna rzecz się ma z pozostałymi elementami tj. deklaracją rozliczeniową DRA oraz statystyką zatrudnienia, ofertami dostawców, deklaracją o

wysokości osiągniętych dochodów, poniesionej starty przez podatnika/CIT 2, zestawienie obrotów i sald kont analitycznych. Trudno powiedzieć w jaki sposób odwołujący czy też inni uczestnicy mieliby możliwość polemiki w zakresie rażąco niskiej ceny jeśli elementy te rzutujące na ocenę oferty Konsorcjum zostają utajnione w oparciu o instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wykazało podstaw dla zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa a nadto uczynione zastrzeżenie jest lakoniczne i nieskuteczne z prawnego punktu widzenia, nie mówiąc już nawet o tym, iż zastrzeżenie było spóźnione z formalnego punktu widzenia. Zamawiający zaś w sposób nieuzasadniony recypował takowe zastrzeżenia stając się w tym zakresie swoistym rzecznikiem uczestnika postępowania przetargowego pomijając zupełnie aspekty etapu postępowania i wątpliwości związanych z ceną i kosztami jakie zaoferowało Konsorcjum.

W dalszej kolejności odwołujący przytoczył art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy podnosząc, że na gruncie niniejszego postępowania również doszło do znacznych wypaczeń. Oferta nie była bowiem skalkulowana w sposób właściwy co doprowadziło do uchybień które przełożyły się na naruszenia dwóch w/w przepisów prawa.

Po pierwsze tok dotychczasowych czynności w postępowaniu sprowadził się w ocenie odwołującego do prowadzenia swoistych negocjacji co do treści oferty. Nie sposób bowiem nie odnieść wrażenia, iż Konsorcjum przedstawiało swoją ofertę etapowo z uwzględnieniem „elastyczności” wymaganej na kolejnych etapach postępowania. Konsorcjum w dniu 23.01.2019r. złożyło zamawiającemu wyjaśnienia w kwestii udokumentowania i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w których zdecydowanie oświadczyło, że przedstawione w złożonej ofercie elementy składające się na cenę oferty, zostały skalkulowane w sposób prawidłowy i rzetelny pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 23.01.2019r: „W celu udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu realizacji przedmiotowego kontraktu załączamy kosztorys pomocniczy zawierający szczegółową kalkulację ceny oferty” Zdaniem samego Konsorcjum przedstawiony ówczesnie kosztorys był jednym z podstawowych dowodów na to, że wyliczenia w nim zawarte potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Niezrozumiałe wobec tego było przedstawienie na rozprawie odwoławczej w KIO kolejnego - zmienionego kosztorysu z jednoczesnym oświadczeniem, iż zaszło nieporozumienie i że nie doszacowano kosztów odwodnienia wykopów. Zauważyć tymczasem należy, że złożone do oferty wyjaśnienia oraz ich załączniki zgodnie z ustawą stanowią treść tej oferty. Zatem niedopuszczalne jest zdaniem odwołującego poprawianie na tym etapie treści oferty oraz uzupełnianie/zmienianie treści złożonych wyjaśnień. W tym stanie rzeczy, powyższe działanie Wykonawcy jest naruszeniem art. 87. ust 1. ustawy prawa zamówień publicznych, w którym jednoznacznie jest wskazane, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepisy ustawy nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek czynności Zamawiającego (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2018r., KIO 2337/18). Wyjaśnienia nie mogą natomiast skutkować uzupełnieniem oferty o nowe treści, które nie były w niej pierwotnie zawarte. Co do zasady jest to niedopuszczalne, ponieważ może prowadzić to do zmiany treści oferty, co zostało przez Ustawodawcę zakazane w art. 87 ust. 1 p.z.p. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2018 r., KIO 1156/18).

Po wtóre natomiast w ofercie zaniżono tzw. koszty pośrednie, które zostały przyjęte jedynie na poziomie 2%. Tymczasem na podstawie uzyskanego sprawozdania rocznego Lidera Konsorcjum firmy BUDOMONT odwołujący wywnioskował, iż w rachunku zysków i strat wyraźnie widać, że koszty pośrednie firmy z działalności są na poziomie 15% a nie 2% jak to zostało przyjęte do kosztorysu. Poniżej przedstawiono kalkulację kosztów wynikającą ze sprawozdania rocznego za rok 2017

Opis pozycji ze sprawozdania za 2017r

B. Koszt działalności operacyjnej - 15 364 235,12zł - Wartość całości sprzedaży

lii. Usługi obce - 5 846 798,22zł - Wartość usług wykonanych przez podwykonawców

I. Amortyzacja

VI. Ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia

VII. Pozostałe koszty rodzajowe

SUMA KOSZTÓW POŚREDNICH - 305 506,28zł +193 812,56zł +720 048.44zł =  
1 219 367,28zł - Koszty pośrednie dotyczące bezpośredniej działalności firmy z robót wykonywanych osobiście

15 364 235,12zł - 5 846 798,22zł = 8 052 948,16zł

Kwota: 8 052 948,16zł — wartość kosztów wynikająca z bezpośredniej działalności firmy bez udziału podwykonawców

$1\,219\,367,28 + 8\,052\,948,16 = 0,15 \cdot 100\% = 15\%$ , gdzie 15% - rzeczywiste koszty pośrednie firmy BUDOMONT w oparciu o sprawozdanie roczne

Wyliczając analogicznie koszty za rok 2016 kształtują się one na poziomie 18%. Jak wynika z powyższych wyliczeń rzeczywiste koszty pośrednie jakie Konsorcjum powinno przyjąć do kosztorysu to min. 15% a nie jak to zostało przyjęte 2%. Przyjęcie kosztów pośrednich na poziomie 2% nie odpowiada rzeczywistości i jest dowodem na to, że cena oferty została błędnie obliczona.

Wskazane w wyjaśnieniach Konsorcjum z dnia 06.05.2019r. argumenty dotyczące niskich kosztów pośrednich w związku z tym, że obydwie firmy są firmami rodzinnymi wydają się odwołującemu być nieporozumieniem. Okoliczność, że oba podmioty są przedsiębiorstwami rodzinnymi nie świadczy o tym, że członkowie rodzin, którzy tam pracują nie pobierają wynagrodzenia za swoją pracę czy też, że pracują charytatywnie. Poza tym taki sposób myślenia prowadziłby do wniosków, iż należy takie nieodpłatne świadczenia opodatkować zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ponadto warte uwagi jest to, że skoro jak twierdzi Konsorcjum oba podmioty w nim zrzeszone są wyłącznie firmami rodzinnymi to jak wytłumaczyć fakt, iż realizują cały szereg inwestycji publicznych o poważnym charakterze i generują duży obrót w skali całego roku. Jest oczywiste, że firmy te zatrudniają znaczne ilości pracowników-specjalistów (wg pisma procesowego na rozprawie z 08.04.2019r. jest to 60 osób) co z kolei generuje znaczne koszty bowiem pracownicy tacy z pewnością nie pracują za minimalne wynagrodzenie.

W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że analizując rachunek zysków i strat Lidera Konsorcjum z lat 2016 i 2017 zauważyć można, że firma z podstawowej działalności, jaką jest realizacją robót związanych z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych, ponosi corocznie straty i tak w 2016 roku było to: - 351 434,88 zł. a w 2017 roku to: - 605 886,13 zł. Fakt ten jest potwierdzeniem że przedsiębiorstwo BUDOMONT Sp. z o.o. nie dokonuje rzetelnych wycen w postępowaniach przetargowych a tym samym oferuje zamawiającym rażąco niskie ceny przez co późniejszym efektem tego są ponoszone straty w działalności firmy.

Powyższe okoliczności powstają w jawnej i oczywistej opozycji do twierdzeń Konsorcjum. Jako dowód odwołujący powołał rachunek zysków i strat

Po trzecie wreszcie w ocenie odwołującego doszło do skrajnie błędnej wyceny w zakresie cen piasku. W przekazanym bowiem przez Konsorcjum na rozprawie w KIO kosztorysie, uwidacznia się zaniżona cena za piasek na wykonanie podłoża z materiałów sypkich o grub. 15cm."

Przyjęta w kosztorysie cena piasku 10 zł/m<sup>3</sup> jest ceną nierealną do uzyskania. Z oferty uzyskanej od kopalni piasku zlokalizowanej najbliżej miejsca realizacji przedmiotowej inwestycji wynika, że minimalny koszt dostawy piasku loco budowa to 15,50 zł/t.

Przeliczając cenę na m<sup>3</sup> piasku to:

1 m<sup>3</sup> piasku waży min. 1,5t 1 m<sup>3</sup> = 1,5t 15,50zł = 23,25 zł/m<sup>3</sup>

Koszt 1 m<sup>3</sup> piasku to minimum 23,25 zł co przy ilości 3 800 m<sup>3</sup> - potrzebnej do realizacji zadania daje różnicę w kosztach przyjętych przez Wykonawcę kwoty ok 50 000zł.

Kwestię tę również podważył w swojej opinii z dnia 11.03.2019r. p. Z. M.

Dowód: Oferta Cenowa Krusz-Mat Sp. z o.o., Opinia z dnia 11.03.2019r p. Z. M. - w aktach sprawy

Odwołujący przytoczył art. 92 ust 1, art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy i podniósł, że zestawienie obu tych przepisów prowadzi do wniosku, że należyte przedstawienie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego winno jasno i w sposób skonkretyzowany przedstawiać przyczyny wyboru oferty jak i uzasadnienie faktyczne i prawne rozstrzygnięcia. Zdaniem odwołującego na gruncie rozstrzygnięcia co do którego składa niniejsze odwołanie doszło do obrazu tych przepisów. Protokół zawiera w tym zakresie jedynie lakoniczne stwierdzenia, co dziwi tym bardziej, że rozstrzygnięcie powstało na kanwie sporu co do rażąco niskiej ceny oraz kosztów. Z kolei w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 maja 2019 r. znak RRG.271.22.2018 Zamawiający nawet w stopniu minimalnym nie wskazał podstaw prawnych i faktycznych wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego, ponieważ postępowanie prowadzone było po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, i została wybrana oferta co do której na wcześniejszym etapie postępowania podnoszono zarzut rażąco niskiej ceny oraz kosztów, w rozstrzygnięciu o wyborze tej

konkretnej oferty należało z całą doniosłością odnieść się co do wszelkich aspektów związanych z kalkulacją ceny i elementów przesądzających czy też wskazujących na to, że cena rzeczywiście nie jest rażąco niska. Tym bardziej (jak w każdym przypadku) wymagane było podanie uzasadnienia prawnego. Oba tych elementów zabrakło, co w zestawieniu z niezasadnym nieudostępnieniem danych w oparciu o lakonicznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, uznać należało za faktyczne pozbawienie możliwości polemiki z rozstrzygnięciem a to z kolei stanowi ewidentne wypaczenie celu ustawy, przede wszystkim zaś gwarancji uczestnika takiego postępowania.

W dniu 20 maja 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 maja 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo budowlane Budomont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i J. L. prowadzący Usługowy Zakład Wod-Kan-Gaz z siedzibą w Gorliczynie. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta została uznana za najkorzystniejszą i nie jest oferta z rażąco niską ceną, a w przypadku uwzględnienia odwołania podlegałaby odrzuceniu. W przypadku oddalenia odwołania wykonawcy będą mogli uzyskać zamówienia i prawidłowo zrealizować zamówienia, a strata przystępujących byłby nieosiągnięty zysk i brak możliwości wykazania się należytych wykonanie zamówienia. Wnieśli o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 maja 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialności i właściciela samodzielnej działalności gospodarczej. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 22 maja 2019r.

W dniu 30 maja 2019r. przystępujący poinformował Izbę oraz zamawiającego, że cofa zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące załączników do wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny z dnia 23 stycznia 2019r. i 6 maja 2019r., czyli w stosunku do kosztorysu pomocniczego, wykazu środków trwałych, deklaracji rozliczeniowej DRA oraz statystyki zatrudnienia, ofert dostawców wraz z aktualizacjami, kalkulacji elementów w zakresie kosztów pośrednich, deklaracji wysokości osiągniętych dochodów (poniesionej straty) przez podatnika CIT2, zestawienia obrotów i sald kont analitycznych.

W dniu 31 maja 2019r. przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania podniósł, co następuje:

- odwołujący nie może podnosić zarzutów niezawartych w odwołaniu,

- brak skonkretyzowania okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy. Odwołujący podaje tylko wyższe koszty ogólne w

poprzednich latach, czy straty z lat 2016 - 2017, które nie mają wiele wspólnego z realnością ceny

- zarzut dotyczący nieuprawnionego ujawnienia informacji - większość utajnionych informacji została odwołującemu przekazana w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 515/19 np. kosztorys pomocniczy, deklaracja rozliczeniowa DRA, statystyka zatrudnienia, oferty dostawców, deklaracji CIT-2, zestawieniem dochodów i sald kont analitycznych, co do których nie wiadomo, czy odwołujący miał dostęp do nich czy tylko zostały złożone na rozprawie, a nie miał dostępu. Przystępujący podniósł, że jest to okoliczność bez znaczenia, bo odwołujący nie postawił zarzutów związanych z zaniżeniem pozycji kosztorysowych. Absolutna większość dokumentów została odwołującemu przekazana w dniu 4 kwietnia 2019r.

- odwołujący nie sformułował zarzutów w oparciu o dokumenty, które otrzymał, jedynym zarzutem jest zarzut dotyczący kalkulacji ceny piasku,

- przystępujący wycofał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i zwrócił się do zamawiającego o przekazanie odwołującemu dokumentów, zatem zarzuty są

bezpředmiotowe i nie podlegają rozpoznaniu - sygn. akt KIO 290/11, sygn. akt KIO 1675/15,

- odwołujący nie postawił zarzutów dotyczących poszczególnych pozycji kosztorysowych, a zatem ewentualne udostępnienie ofert, czy innych materiałów źródłowych nie ma wpływu na wynik postępowania.

- co do zmiany treści oferty, to był on przedmiotem badania w sprawie sygn. akt KIO 515/19 i zgodnie z tym wyrokiem zamawiający powinien był dodatkowo zapytać o powstałe u zamawiającego wątpliwości, ponowne wezwanie do wyjaśnień i złożenie wyjaśnień zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Izby i nie powinny być przedmiotem zaskarżenia - art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jako wykonane zgodnie z wyrokiem Izby,

- co do zmiany treści oferty, to kosztorys miał charakter pomocniczy, wynagrodzenie było

ryczałtowe, kosztorys miał być składany na etapie umowy do rozliczeń na wypadek odstąpienia od umowy, czy przerwy lub zaniechania robót,

- złożenie kosztorysów na etapie ofertowania nie mogło wyeliminować wykonawcy, a kosztorys na etapie umowy podlegałby uzgodnieniom, czyli jego zmiana nie oznaczałaby zmiany treści umowy,

- do składania kosztorysów doszło także w skutek działań odwołującego, który bezzasadnie kwestionował wyjaśnienia przystępującego, a wyjaśnienia złożone zamawiającemu po sprawie sygn. akt KIO 515/19 były jedynie powtórzeniem argumentacji złożonej w tym postępowaniu odwoławczym,

- nie doszło do negocjacji z zamawiającym, również ten zarzut był postawiony w postępowaniu sygn. akt KIO 515/19 i został oceniony przez Izbę jako nietrafny, w wyniku wyjaśnień nie doszło do zmiany oferty, przystępujący podkreślił pomocniczy, posiłkowy charakter kosztorysu, a nie jako elementu oferty,

W zakresie zarzutu dotyczącego kosztów pośrednich - zarzut nie powinien być rozpoznawany, gdyż został wykonywany zgodnie z wyrokiem w sprawie sygn. akt KIO 515/19 i nadto jest całkowicie bezzasadny, gdyż było oparty o wysokości kosztów z lat 2016 i 2017 oraz założenie, że członkowie rodzin firm rodzinnych pobierają wynagrodzenie, a także o to, że lider przystępującego w 2016 i 2017 ponosił straty, ale nie został zakwestionowany którykolwiek z kosztów jako niewłaściwy. Przystępujący wyjaśnił, że odwołujący pominął, że w kosztach z lat 2016 i 2017 mieściło się wynagrodzenie podwykonawców, a także, że w tych latach lider realizował mniej zleceń, a w 2018r. jest inaczej, gdyż budżet ogólny jest bardzo wysoki ok. 65 mln. Co do pracowników, to specjaliści techniczni są ujmowani w kosztach bezpośrednich, a pracownicy sekretariatów - członkowie rodzin w kosztach pośrednich z uwzględnieniem wartości pozwalających na dokonanie im zapłaty.

- odnośnie straty, to odwołujący popełnił manipulację, gdyż przedstawił stratę wyłącznie z działalności operacyjnej, pomijając zysk ogólny uwzględniający przychody z odsetek, a suma zysku z ostatnich 5 lat to 24 180 147, 82zł., co daje średni roczny zysk - 4 836 029,56zł. Sam odwołujący miał znacznie niższy zysk niż przystępujący, który był jeszcze pomniejszany o wypłaty z tytułu dywidend,

- co do kosztów pośrednich, to również w latach ubiegłych nie były one na poziomie podniesionym przez odwołującego, który nie odjął wartości usług obcych i w roku 2016, koszty pośrednie to 14,3%, w 2017 - 8,3%, a w 2018 - 1,9%. Przystępujący zobrazował spadek kosztów w ostatnich trzech latach i powiązał go z wzrostem sprzedaży w 2018r.

- koszty pośrednie dotyczą szeregu inwestycji i gdy koszty ogólne zarządu są na niskim poziomie, to nie będą rosły proporcjonalnie, ale ich proporcja będzie coraz mniejsza w stosunku do budżetu ogólnego

- co do zbyt niskiej ceny piasku, to odwołujący zawyżył cenę piasku, a przystępujący współpracuje z firmami wydobywającymi piasek i ma niższe ceny z uwagi na zamawiane ilości

- przystępujący przedstawił ofertę cenową T. J. Firma Usługowo-Handlowo-Transportowa w cenie 10zł. netto./m3 i ofertę dot. piasku ze żwirowni Temeszów - 10 zł. netto/m3, a łączna

wartość piasku, to 38 000zł., a przystępujący skalkulował 40 000zł. Przystępujący podniósł, że

wartość piasku nie mogłaby zaważyć na realności ceny oferty.

- przystępujący przedstawił swoje realizacje zakończone prawidłowo, a także podniósł, że wyjaśnienia były szczegółowe, rozbudowane i wskazano w nich na własny zamortyzowany sprzęt, doświadczoną i wykwalifikowaną kadrę, znaczną ilość zgromadzonych materiałów, dostępność materiałów o urzędzeń po cenach uwzględniających rabaty, oszczędności o charakterze organizacyjnym, bogate doświadczenia i know-how oraz posiadanie bazy niedaleko zlokalizowanej, a twierdzenia te poparto dowodami w postaci kosztorysu pomocniczego oraz kalkulacji elementów pośrednich, wykaz środków trwałych i fotografie oraz oferty dostawców wraz z aktualizacjami

- cena przystępującego za 1mb kanalizacji wynosi w tym postępowaniu 297,96zł., zaś niektóre realizacje w branży z powodzeniem zakończył się przy cenie niższej np. Gmina Iwierzycze realizowana w latach 2017-2018 - 144,79zł./mb, Gmina Bochnia - 171,43zł./mb w latach 2017-2018 i Gmina Dąbrowa Tarnawska - 213,57zł./mb w latach 2016-2018,

- wykonawca Budomont zatrudnia około 60 osób i ma własny park maszynowy, oraz rozbudowaną sieć specjalistycznych podwykonawców, a J. L. posiada własne zaplecze techniczne i wyspecjalizowany zespół wykonawczy oraz bazę sprzętową i materiałową w tym koparki i koparko-ladowarki, minikoparki, wywrotki, urządzenie przeciskowe, zgrzewarki

- odwołujący żąda odrzucenia przystępującego w oparciu o te same okoliczności, które badała Izba w sprawie sygn. akt KIO 515/19 i gdzie Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia. W

związku ze złożeniem wyjaśnień z dnia 6 maja 2019r. nie doszło do zmian w zakresie informacji podanych zamawiającemu, gdyż na informacje te powoływał się odwołujący już w trakcie postępowania przed Izbą.

- przystępujący uważa, że zamawiający dostatecznie wyjaśnił swój wybór oferty najkorzystniejszej tj. wskazał, że oferta przystępującego oferowała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów określonych w siwz, a kryteria te nie opierały się na zindywidualizowanych ocenach członków Komisji Przetargowej, ale na podanych w siwz wzorach matematycznych i przy podstawieniu do tych wzorów wartości z obu ofert, to oferta przystępującego była korzystniejsza, a odwołujący nie wykazał na czym polega jego uszczerbek wskutek braku, który zarzuca zamawiającemu.

W dniu 3 czerwca 2019r. odwołujący złożył pismo procesowe odwołującego, w którym podniósł, że udostępnienie przez zamawiającego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień stanowi i potwierdza zasadność i konieczność uwzględnienia zarzutów co do nieudostępnienia przez zamawiającego wszystkich załączników. Po zapoznaniu się z kosztorysem pomocniczym, kalkulacją elementów w zakresie kosztów pośrednich, deklaracją CIT 2 o zestawieniem obrotów i sald kont analitycznych, w ocenie odwołującego potwierdzają one, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a złożone w dniu 6 maja 2019r. wyjaśnienia i dowody nie wniosły nic nowego w kontekście wyjaśnień, które były złożone na pierwotnym etapie badania ofert, są natomiast liczne wyliczenia błędne i niespójne informacje. Z CIT 2 i zestawienia obrotów i sald kont analitycznych nic dla oceny rażąco niskiej ceny zdaniem odwołującego nie wynika. Co do kalkulacji kosztów pośrednich, to wyliczenia zawarte w tabeli są niespójne w zakresie kosztów paliwa za dojazdy z danymi zawartymi w kosztorysie. Przystępujący przewiduje 4 brygady i koszt dojazdu przez 7 miesięcy w kwocie 11 007,36zł. netto, a według odwołującego wyliczenia matematyczne wskazują, że 4 brygady to liczba 14krotnie zaniżona i zaniżenie na koszcie wynosi 130 353, 90zł. netto i łącząc to z niedoszacowaniem ilości piasku, to zaniżenie wynosi co najmniej 180 000zł. netto.,

W dniu 3 czerwca 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Nie uznał zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż przystępujący wyjaśniał jedynie koszty nie zmieniając treści swojej oferty, w szczególności co do ceny, która jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamawiający nie prowadził z przystępującym negocjacji co do treści oferty. Nie jest także trafny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy, gdyż przystępujący udzielił wyjaśnień, a zamawiający uznał te wyjaśnienia za zadowalające, usuwając jego pierwotne wątpliwości oraz wziął pod uwagę fakt, że przy cenie ryczałtowej ryzyko obciąża wykonawcę. Izba w wyroku z dnia 8 kwietnia 2019r. stwierdziła, że udzielone wyjaśnienia były szerokie, wyczerpujące i zawierały liczne dowody, a przede wszystkim były skorelowane z wezwaniami zamawiającego. Zamawiający wezwał przystępującego do dodatkowych wyjaśnień i przystępujący na nie odpowiedział w dniu 6 maja 2019r. potwierdzając, że oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy, rzetelny i pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją. Do wyjaśnień załączono kalkulację pomocniczą, ponadto powołano się na wieloletnie doświadczenie, pełny park maszynowy, doświadczoną kadrę techniczną i brak awaryjności sprzętu, a także bliska odległość siedziby firmy od miejsca wykonania zamówienia. Przystępujący ma też świadomość obciążającego go ryzyka. Zamawiający ocenił te wyjaśnienia jako wyczerpujące i pozwalające na ustalenie braku rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej także jest błędny, bo przystępujący był korzystniejszy cenowo. Co do braku uzasadnienia faktycznego, to zamawiający przytoczył treść art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy i stwierdził, że wszystkie wymagane tym przepisem informacje podał, a wybór oferty odzwierciedlał kryteria oceny ofert i wyliczenia uzyskanych przez oferentów punktów, zgodnie z postanowieniami zawartymi w siwz. Co do naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy, to i tu się zamawiający z odwołującym nie zgodził i podniósł, że podał powód wyboru oferty przystępującego to jest to, że była to oferta najkorzystniejsza. Zamawiający nie podzielił również zarzutu zaniechania odtajnienia załączników do wyjaśnień, gdyż przystępujący skutecznie je zastrzegł powołując się na okoliczności wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a o ile dane zastrzeżone mieszczą się w kategoriach wynikających z tej ustawy, to zamawiając nie może oceniać czy zasadnie oferent dokonał tego zastrzeżenia. W przeciwnym wypadku zamawiający naraża się na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, kosztorysu inwestorskiego, oferty przystępującego, wezwania do wyjaśnień i złożonych wyjaśnień, kosztorysu złożonego na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 515/19, pism procesowych w sprawie sygn. akt KIO 515/19, wezwania do ponownych wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień, rachunku zysków i strat oraz oferty na zakup piasku.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z projektu wykonawczego kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w miejscowości Manasterz w Gminie Jawornik Polski wynika, że w pkt. 4.3.2 dla odwodnienia wykopów przewidziano zastosowanie pomp spaliniowych lub elektrycznych z odprowadzeniem wody zgodnie ze spadkiem terenu na odległość min. 10 m od wykopu. Zawodnienie wykopów uzależnione jest w bardzo dużym stopniu od opadów atmosferycznych. W pkt. 5.7. dla przekroczenia rzeki Mlecзки i potoku Husówka zalecono wykonanie przewiertów sterowanych, natomiast dla skrzyżowań z drogami o nawierzchni asfaltowej zalecono wykonać przewiert w rurach ochronnych stalowych prostopadle do osi drogi, w przypadku skrzyżowań z drogami o nawierzchni utwardzonej należy wykonać przecisk hydrauliczny w rurze ochronnej, a pod drogami gruntowymi rozkopem w rurze ochronnej, skrzyżowania z ciekami wodnymi metodą rozkopu w rurze ochronnej, ogrodzenia w razie potrzeby rozebrać, a budynki dokonać oceny stanu technicznego budynków położonych w odległości mniejszej niż 15m.

Z dokumentacji geotechnicznej wynika, że rurociągi i kanały zakryte przeważnie nie powodują przyrostu naprężeń w gruncie. Prace ziemne należy wykonać w okresach suchych poczynając od terenu najniższego do wyższego, żeby umożliwić spływ wód z wykopu do wykonanej już kanalizacji. Ściany wykopów głębszych niż 1,1 m należy zabezpieczyć szalunkiem z rozpórnikami, a przy prowadzeniu wykopów szerokoprzestrzennych nachylenie skarp bocznych należy dostosować do rodzaju gruntu. W rejonie występowania ruchów osuwiskowych zaleca się przeprojektowanie kanalizacji poza obszar osuwiskowy. Analogiczne wymagania dotyczące odwodnienia wykopów oraz z dokumentacji geotechnicznej dotyczą wszystkich miejscowości objętych przedmiotowym zamówieniem.

Z kosztorysu inwestorskiego wynika, że zamawiający założył koszty pośrednie na poziomie 62%, a zysk na poziomie 5%, stawka roboczogodziny została skalkulowana na poziomie 14zł. Odwodnienie wykopów w kalkulacji uproszczonej zamawiający wycenił w Hadle

Kańczuckie na 29 025,86zł. w pkt. 1.1.3 i w pkt. 1.33 na 6 912,86, dla Hadli Szklarskich w poz.

2.1.3 - 71 550,86 i w poz. 2.3.3 - 25 623zł. dla Zagórza poz. 3.1.3 - 42 633,86zł., i 3.3.3 - 8 613,66 dla odcinka S172 w kierunku Tamawka poz. 4.1.3 - 8 613,86 i poz. 4.2.3 - 789,26zł. i Manasterz poz. 5.1.3 - 1 639,76zł., kosztorys inwestorski kończy się na poz. 5.1.34

W dniu 17.01.2019 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wzywając do wyjaśnienia wskazywał m.in., że należy zwrócić szczególną uwagę na koszty robocizny i przedstawić koszty materiałowe oraz czynniki, które pozwalały wykonawcy na złożenie takiej ceny. Zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy jest wymagany przed zawarciem umowy. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia ogólne powołujące się jedynie na upusty i rabaty nie będą uznane za wystarczające, tak jak powoływanie się na podwykonawców, z których przysługujący w treści formularza ofertowego nie zamierzał korzystać. Zamawiający wskazał minimalną stawkę wynagrodzenia za pracę, a także podał przykładowe sposoby wyjaśnienia ceny np. przez przedstawienie dodatkowego zestawienia poszczególnych elementów kalkulacji, wyliczenia kosztów robocizny, cen materiałów, oraz wskazanie czynników decydujących o przyjętych składnikach cenotwórczych.

W dniu 23.01.2019 r. Konsorcjum złożyło zamawiającemu wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17.01.2019 r. w których oświadczyło, że przedstawione w złożonej ofercie elementy składające się na cenę tejże oferty, zostały skalkulowane w sposób prawidłowy i rzetelny pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia. Do wyjaśnień załączyło kosztorys oparty na przedmiarach załączonych do SIWZ. Złożenie kosztorysu nie było obowiązkowe na tym etapie postępowania - zgodnie z SIWZ, kosztorys należało złożyć dopiero na etapie zawarcia umowy. Konsorcjum w wyjaśnieniach podało, że specjalizuje się w robotach takich jak przedmiot zamówienia od ponad 20 lat (prowadzenie przedsiębiorstwa w tym zakresie), co determinuje posiadanie na stałym wyposażeniu całego sprzętu, budowlanego niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia (maszyny, urządzenia i pojazdy). Wskazało, że dysponuje: maszyną do wykonywania przewiertów, maszyną do przepychów poziomych, koparko-ladowarkami, koparkami, samochodami dostawczymi, niwelatorami, zgrzewarkami do rur PE, zagęszczarkami gruntu, walcami. Na dowód posiadania sprzętu załączyło do odpowiedzi na wezwanie zestawienie ewidencyjne składników majątku trwałego na dzień 31.12.2018 r. Wskazało, że posiada maszynę do wykonywania przewiertów sterowanych Vermeer 36x50SII rok prod. 2007 podając jej dane techniczne i zdjęcie. Ponadto wskazało, że zatrudnia na umowę o pracę pracowników obsługujących posiadany przez niego sprzęt, co pozwala na uwzględnienie w kosztach wykorzystania dla celów zamówienia niezbędnego sprzętu budowlanego obok wynagrodzeń pracowniczych, wyłącznie kosztów paliwa, ponieważ sprzęt, który został w założeniu przeznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia jest w przeważającej części całkowicie amortyzowany, a koszty wynagrodzeń pracowników zostały ujęte w pozycji - robocizna. Odnośnie do kosztów pracy pracowników, których wartość przyjęto do ustalenia ceny oferty, wskazało, że są one w pełni zgodne z Ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650). Konsorcjum przedstawiło również Deklarację rozliczeniową DRA oraz statystykę zatrudnienia na dowód zatrudniania pracowników w formie umowy o pracę.

Z kolei odnośnie do kosztów materiałów i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie wskazało, że posiada część materiałów niezbędnych do wykonania; zamówienia, a odnośnie do pozostałych - wyliczając cenę oferty wziął pod uwagę rabaty i złożyło dowody w tym zakresie. Z racji iż przedsiębiorstwa wchodzące w skład Konsorcjum działają na rynku od ponad 20 lat mają dostęp do korzystnych rabatów u swoich stałych dostawców. Konsorcjum wskazało, że łączna kwota zakupu materiałów niezbędnych dla wykonania zamówienia kształtuje się na poziomie około 50,5% ceny oferty. Jako dowód na ceny materiałów Konsorcjum załączyło oferty cenowe dostawców, które zawierały materiały niezbędne do zrealizowania przedmiotowego zamówienia. W wyjaśnieniach wskazało również na dotychczasowe realizowane przez siebie zamówienia wraz z podaniem ich wartości jako dowód na wiarygodność sposobu wyliczenia ceny oferty, a także przedstawiło Deklarację o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika - CIT 2 za 2018 rok oraz Zestawienie obrotów i sald kont analitycznych z kosztami Ogólnymi Zarządu na dowód podstawy wyliczenia wysokości kosztów pośrednich (ogólnych) zawartych w przedłożonym kosztorysie, bowiem dokumenty te były podstawą do wyliczenia realnych kosztów ogólnych spółki.

Do wyjaśnień załączono kosztorys szczegółowy, z którego wynika, że we wszystkich wyżej wskazanych pozycjach dotyczących odwodnienia wykopów przystępujący skalkulował następujące wartości robocizną 14, 70, samochód skrzyniowy 22,00zł. - koszt 0,22zł.

Pompę głębinową - elektryczną 1,60zł. i zespół prądotwórczy przewoźny 10kVA 3,20zł. Przy czym kosztorys przystępującego obejmuje dodatkowo poz. 5.2.3. gdzie podano robocizną 4,41 zł., brak samochodu skrzyniowego, koszt pompy 240m<sup>3</sup>/h 0,48zł. i zespół prądotwórczy przewoźny - 0,96zł. w zestawieniu końcowym koszty bezpośrednie wyceniono na kwotę: robocizna 2 610 257,01zł. koszty materiałów - 3 760 441,85 i sprzętu -970 657,93, koszty pośrednie 2% - robocizna-52 205,02 i sprzęt 19 412,99, zysk 1% robocizna 26 624,84 i sprzęt 29 313,35zł. dla wyceny przyjęto 23% VAT i łączna wartość kosztorysu to 9 162 885,00zł. Przystępujący przedstawił także zestawienie ewidencyjne składników majątku trwałego na dzień 31 grudnia 2018r. - ewidencja bilansowa. Załączył także ZUS P DRA, z którego wynika, że Budomont zatrudniał na datę deklaracji 1 stycznia 2019r. 44 pracowników, zaś ze statystyki według stażu wynika, że pracowników zatrudnionych powyżej 20lat ma 5, od 10 do 15 22, łącznie zatrudnia 45 osób. Przedstawił ofertę firmy Wilo sp. z o.o. z Lesznowoli na pompy Wilo-Emu na kwotę 1 145 600zł. netto z uruchomieniem, ofertę firmy Pipelife Polska SA z Kartoszy na rury PCV, kinety studni rury trzon., uszczelki teleskopowe, teleskopy na 735 755, 77zł. netto, ofertę firmy Pipelife na kinety studni, pierścieni 1000, studnię uszczelkę do pierścienia, redukcję, studnię stożek na kwotę netto 3 520zł. ofertę BASMAC na panel, inwerter, kabel solarny, materiały montażowe, system uziemienia, skrzynki AC i DC konstrukcję montażową, montaż na cenę 45 000zł. netto, ofertę firmy Prosan sp. z o.o. o. z Zamościa na rury Tytan na cenę 444 445,87 i 87 105,48zł., CIT-2 od 1 stycznia - 31 grudnia 2018r z którego wynikają przychody na poziomie 65 957 884,77zł. oraz zestawienie obrotów i sald kont analitycznych w miesiącu grudniu, z których wynika, że koszty ogólne zarządu w poz. Obroty narastająco wyniosły 1 241 285,58zł.

W dniu 7.03.2019 r. zamawiający skierował do Konsorcjum pismo, w którym poinformował, że 19.02.2019 r. wpłynęło do niego pismo odwołującego, przedstawiające wyliczenia dotyczące przedmiotu zamówienia i wezwał Konsorcjum w trybie art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych do ustosunkowania się do przedmiotowego pisma (pismo odwołującego informowało zamawiającego, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a tym samym zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum. Wykonawca ten, uzasadniając twierdzenie o rażąco niskiej cenie Konsorcjum wskazał, że zaoferowana przez Konsorcjum cena odbiega od pozostałych ofert złożonych przez resztę oferentów oraz jest o 35% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Wykonawca ten, przedstawił również wyliczenia oparte o swoją wiedzę i doświadczenie, które miały potwierdzać zasadność zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum.

W dniu 12.03.2019 r. Konsorcjum złożyło zamawiającemu pismo, w którym ustosunkowało się do twierdzeń odwołującego. Przedstawiło szczegółowe wyliczenia dokładnie w tych samych kryteriach co odwołujący. Wyliczenia obydwu wykonawców były następujące:

- 1) Koszt materiałów: Konsorcjum - 3 770 441,85 zł, Odwołujący - 4 261 000,00 zł;
- 2) Robocizna: Konsorcjum - 2 610 257,00 zł, Odwołujący - 2 691 000,00 zł;
- 3) Koszty sprzętu: Konsorcjum - 970 657,93 zł, Odwołujący - 703 000,00 zł;
- 4) Razem: Konsorcjum - 7 351 356,78 zł, Odwołujący - 7 655 000,00 zł.

Konsorcjum wyliczając powyższe kwoty, wskazało w piśmie, jakie oferty dostawców brało pod uwagę, a także jakie błędy popełnił odwołujący, obliczając dane kwoty.

W dniu 19.03.2019 r. zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum uzasadniając odrzucenie w następujący sposób: „Zamawiający odrzuca ofertę ww. Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych, który nie udzielił wyjaśnień, a powstałe wątpliwości co do kalkulacji ceny dają podstawę do wskazania, że jest nierealna. Jednocześnie udzielone

wyjaśnienia wskazują, że kalkulacja ceny nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i kosztów z nim związanych." Dalej zamawiający wskazał: „W dniu 23.01.2019 r. wykonawca udzielił odpowiedzi na treść pisma, ale jego wyjaśnienia są w niektórych częściach ogólnikowe, a przedstawiona w wyjaśnieniach dodatkowa kalkulacja ceny zaoferowanej w ofercie nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości co do dokonanej wyceny. Po powtórnej szczegółowej analizie wyjaśnień można także stwierdzić, że część przedstawionej kalkulacji cenowej odbiega od stanu rzeczywistego i wskazuje na zaniżoną wycenę niektórych pozycji (praktycznie nierealną). Udzielone wyjaśnienia nie dają pewności co do możliwości zrealizowania tego zamówienia w tej cenie.” Zamawiający między innymi wskazał, że:

1) Przyjęto z bardzo dużym ryzykiem cenę odwodnienia wykopów dla całości inwestycji na poziomie 183,33 zł (bez narzutów) netto. Z dokumentacji projektowej wynika, że warunki hydrotechniczne dla przedmiotowej inwestycji wymagają znacznie większych nakładów związanych z ilością pracy na odwodnienie wykopów. Kosztorys inwestorski zamawiającego zakładał kwotę 195 640,80 zł na przeprowadzenie ww. prac. Kosztorys inwestorski był elementem przykładowego porównania potwierdzającego wątpliwość co do realności ceny ofertowej oraz udzielonych wyjaśnień.

2) Przyjęto bardzo niskie koszty pośrednie dla budowy na poziomie 2% - tak małe koszty pośrednie nie są realne dla pokrycia wszystkich kosztów które powinny być uwzględnione [...]

Koszty pośrednie w kosztorysie inwestorskim z uwagi na charakter inwestycji i mnogość występowania wielu różnych kosztów została uwzględniona na poziomie 62%.

Dodatkowym argumentem, w ocenie zamawiającego potwierdzającym niedoszacowanie kosztów ogólnych, jest oświadczenie Konsorcjum, że cały sprzęt jest zamortyzowany oraz, że posiada on własny serwis. Zamortyzowany sprzęt może często ulegać awarii, co skutkuje poniesieniem kosztów na części zamienne i obsługę serwisową, które powinny być skalkulowane w kosztach ogólnych. Duża flota sprzętu generuje również, koszty ubezpieczenia OC maszyn, które powinny być również skalkulowane w kosztach ogólnych. Ponadto Izba ustaliła, że w aktach postępowania o udzielenie zamówienia znajdują się trzy opinie osób posiadających wiadomości specjalne odnośnie wysokości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum (jedna pozytywna, z której wynikało, że wyjaśnienia Konsorcjum są przekonujące i nie zaoferowało ono rażąco niskiej ceny, i dwie negatywne).

Konsorcjum Budomont- J. L. (czyli obecny przystępujący) z odrzuceniem swojej oferty się nie zgodziło i wniosło odwołanie.

Pismem z 4 kwietnia 2019r. złożonym w sprawie sygn. akt KIO 515/19 Konsorcjum przedstawiło dodatkowe dowody, które zawierały:

- zestawienie kosztów pośrednich na łączną kwotę 57 761, 42zł.,
- ofertę ubezpieczenia na kwotę 1,2% wartości kontraktu - oferta PZU Oddział Sprzedaży Korporacyjnej W Rzeszowie z dnia 3 kwietnia 2019r.
- ofertę Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z. o.o. w Jaśle Gazownia w Leżajsku na cenę odbioru skrzyżowania kanalizacji z gazociągami brutto 60zł.
- wyciąg z dokumentacji Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego w Rzeszowie w zakresie terenów zajętych pod kolej wąskotorową, z którego wynika, że tereny te to 14,95m<sup>2</sup> i około 19m<sup>2</sup>.
- aneksy i umowy o pracę, w których wynikało, że Budomont zatrudnia robotnika budowlanego za wynagrodzeniem 2500zł., operatora sprzętu budowlanego za wynagrodzeniem 2500zł., monter instalacji sanitarnych za 2500zł., a Pan J. L. zatrudnia pracownika fizycznego za 325zł. (umowa zawarta w 1996r.), monter sieci wodnych i kanalizacyjnych za wynagrodzeniem 14-16zł./m brutto/godz., operatora koparko - ładowarki za 13zł. brutto/godz.,
- wyliczenie - koszt zasilania energetycznego pompowni ścieków wynosi netto 26 400x1,23 VAT brutto 32 472,00zł. co stanowi 0,354% ceny ogółem.
- Kosztorys z dnia 21 marca 2019r.

Poz. 1.1.3 - robocizna 19 257,00, samochód skrzyniowy 0,18zł., pompa - 1,30, zespół prądotwórczy 2,61 zł.

Poz. 1.3.3. jw.,

Poz. 2.13 - jw.,

Poz. 2.3.3 - jw.,  
poz. 3.1.3 —jw.,

poz. 3.3. 3 - jw.,

poz. 4.1.3 jw.,

poz. 4.2.3 - jw.

Poz. 5.1.3 - jw.

poz. 5.2.3 - robocizna - 5 777,10, samochodu brak, pompa i zespół koszt jw..

Koszty pośrednie ponownie skalkulowano na poziomie 2%, a zysk 1%, cena piasku w zależności od pozycji wynosiła 9,22 lub 10zł.

- wykaz ważniejszych zadań wykonanych przez J. L. w 1991-2018 zadania zakończone, z których najdroższa realizacja wyniosła 28, 5 min. zł. na rzecz Związku Gmin Dorzecza Wistoki. W przystąpieniu do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 515/19 obecny odwołujący zgłosił swój udział wówczas jako przystępujący po stronie zamawiającego i podtrzymując zasadność odrzucenia odwołania wskazywał na niedopuszczalność zmiany kosztorysu przystępującego Budomont-J. L. w pozycjach dotyczących odwodnienia wykopów, gdyż jest to rażąca zmiana z wartością ok. 183 zł. na 179 126,91zł. i stanowi zabronioną art. 87 ust. 1 ustawy negocjację treści oferty. Jednocześnie odwołujący wówczas przedstawił własną kalkulację kosztów pośrednich na łączną wartość 89 870zł., w tym skalkulował koszty paliwa na poziomie 4zł./l i wyliczył koszty dojazdów przyjmując 4 brygady pracownicze, a także wyszacował wynagrodzenie kierownika budowy i kierownika robót branży elektrycznej na kwotę 2500zł. miesięcznie.

W wyroku z dnia 8 marca 2019r. Izba w sprawie sygn. akt KIO 515/19 w uzasadnieniu rozstrzygnięcia podała:

Zamawiający nie może odrzucać oferty na podstawie niejasnych przesłanek, nieznanych wykonawcy. Jak wynika ze stanowiska zamawiającego na rozprawie, zreferowanego w I części uzasadnienia, powody odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferującej rażąco niską cenę, były w rzeczywistości szersze, niż podane jako podstawy faktyczne odrzucenia oferty Konsorcjum. Zamawiający posiadał opinie osób posiadających wiadomości specjalne, o sporządzeniu których Konsorcjum nie wiedziało. Odpowiedzi Konsorcjum na wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w ocenie Izby były szerokie, wyczerpujące, zawierały liczne dowody, a przede wszystkim były skorelowane z wezwaniami zamawiającego. Z kolei podstawy faktyczne odrzucenia oferty Konsorcjum opierały się na przypuszczeniach zamawiającego. Zamawiający wskazywał również, że koszt odwodnienia jest zaniżony - jednak ze stanowisk stron wynikało, że szacunki kosztu odwodnienia obarczone są dużym ryzykiem błędu - dokumentacja geologiczna, będąca w posiadaniu zamawiającego, ma ponad 10 lat, i na tym etapie postępowania nie da się przewidzieć z dużą dokładnością, jaki będzie rzeczywisty zakres odwodnienia, koniecznego do realizacji.

Izba doszła do przekonania, że Konsorcjum powinno być wprost zapytane o element, budzący wątpliwości zamawiającego, a po drugie, ocena wyliczenia ceny jednostkowej i jej wpływu na stwierdzenie rażąco niskiej ceny całej oferty powinna być badana przez pryzmat okoliczności danej sprawy, tj. m.in. ze względu na wycenę innych pozycji oraz całokształt informacji podanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach.

Sama wycena odwodnienia nie mogła być podstawą stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum. Wystarczającą podstawą uznania, że w ofercie Konsorcjum zaoferowano rażąco niską cenę w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być też wysokość kosztów pośrednich, ani też fakt posiadania przez Konsorcjum w pełni zamortyzowanego sprzętu.

Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, a decyzja o odrzuceniu oferty Konsorcjum była co najmniej przedwczesna.

W dniu 29 kwietnia 2019r. zamawiający wystosował ponowne wezwanie.

W dniu 6 maja 2019r. przystępujący udzielił ponownych wyjaśnień, które w stosunku do wyjaśnień z dnia 23 stycznia 2019r. uzupełnił o następujące informacje:

- sprzęt jest wysokiej jakości, nie podlegają awariom, części zamienne i obsługa serwisowa stanowią koszty minimalne,

- przedmiot kontraktu ma charakter ryczałtowy i ryzyko ewentualnych błędów w kalkulacji obciąża wykonawcę,

- koszty pośrednie pokrywają wszelkie wydatki potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia

- obaj konsorcjanci prowadzą firmy rodzinne i nie zatrudniają osób zarządzających, a obsługę sekretariatu wykonują członkowie rodziny,

- koszty zarządu zostały sprowadzone do minimum, a większość kosztów to koszty bezpośrednie zatrudnienie fachowców i materiały,

- konsorcjum wskazało, że Budomont obecnie realizuje 13 kontraktów, a J. L. 3 kontrakty, z których wynagrodzenia służą także pokrywaniu kosztów ogólnych zarządu. W stosunku do wyjaśnień ze stycznia 2019r. dołączono nowy kosztorys to jest ten sam, który przedstawiono w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn.. akt KIO 515/19 oraz dotychczas złożone oferty dostawców i ich aktualizacje, a także kalkulację elementów z zakresu kosztów pośrednich.

Załączniki do pisma z 6 maja 2019r. :

- kosztorys z 21 marca 2019r. złożony w postępowaniu odwoławczym KIO 515/19,
- zestawienie ewidencyjne składników majątku trwałego na dzień 31.12.2018r. złożone przy pierwszych wyjaśnieniach,
- deklaracja ZUS P DRA z 1 stycznia 2019r. złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach,
- statystyka zatrudnienia według stażu złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach,
- oferta Pipelifa na kwotę 3520zł. netto złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach,
- oferta Pipelifa na kwotę 735 755,77zł. netto złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach,
- oferta WłŁO na 1 145 600zł. złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach
- oferta Basmac na kwotę 45 000zł. netto złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach
- oferta firmy Prosan na kwotę 444 445,87zł. i 87 105,48zł. złożoną przy pierwszych wyjaśnieniach,
- zestawienie obrotów i sald analitycznych złożone przy pierwszych wyjaśnieniach,
- deklaracja CIT 2 złożona przy pierwszych wyjaśnieniach,

kalkulacje kosztów pośrednich na zadaniu, z której wynika, że koszty ubezpieczenia wyceniono na kwotę 10 995,46zł. (przystąpienie odwołującego w sprawie KIO 515/19 - 15 000zł.), koszt organizacji zaplecza, które wyceniono na kwotę 3 472,80zł. (odwołujący - 5 000zł.), koszt opłat za dokonywane odbiory skrzyżowań kanalizacji z urządzeniami podziemnymi 12 195,00zł. (odwołujący - 25 000zł. przy czym 100zł za odbiór), koszt opłat za zajęcia pasa drogi za 270zł. (odwołujący 270zł.), koszt opłat za przekroczenie terenów kolejowych 170,80zł. (odwołujący 7 200zł.), koszt paliwa dla 12 osób, które będą dojeżdżać z miejscowości oddalonych o od 10 do max 39 km - średnia odległość do budowy 27,3km, co w obie strony daje przy 20 dniach 1092km przy cenie paliwa 4zł i 9 l/km = 36zł., łączny koszt dla 4 brygad 11 007,36zł. (odwołujący 22 400zł.) Koszt wynagrodzenia kierownika budowy 2500zł x 7 m-cy = 17 500zł. (odwołujący tak samo 17 500zł.), Koszt wynagrodzenia kierownika w branży elektrycznej 0,86m-ca x 2500zł. = 2 150zł. (odwołujący 17 500zł. przy czym koszt ten uwzględnił przez 7 miesięcy trwania kontraktu)

Koszty razem - 57 761,42zł. (odwołujący 89 870zł.)

Do odwołania odwołujący załączył:

- rachunek zysków i strat Budomont, w którego wynika, że przychody netto ze sprzedaży wyniosły na koniec 31 grudnia 2016r. 9 024 908,51 zł., a na 31 grudnia 2017r 14 669 734,87zł. Strata ze sprzedaży na 31 grudnia 2016r. wyniosła 1 941 362,81zł., a na 31 grudnia 2017r. 694 500, 25zł., strata z działalności operacyjnej na 31.12. 2016 - 351 434,88zł., a na 31.12.2017r. 605 886, 13zł.

Zysk z działalności gospodarczej w 2016 - 595 447,04, a 2017 - 297 291,00, zaś zysk netto ogółem 447 501,04 w 2016 i na koniec 2017 - 197 363zł.

- oferta cenowej dla Sanitex z dnia 3 stycznia 2019r. od Krusz-Mat sp. z o.o. wynika, że piasek kopany nasypowy kosztuje 6zł. netto za tonę loco kopalnia, a piasek nasypowy Zagórze, Hadle Szklarskie, Hadle Kańczuckie 15, 50zł. netto za tonę loco budowa.

Do pisma z dnia 31 maja 2019r. przystępujący dołączył poświadczenie wykonania robót budowlanych przez Gminę Iwierzycę dla Budomontu o wartości robót ok 5 mln 700tys,

Poświadczenie Gminy Bochnia dla Budomont o wykonaniu zamówienia za cenę 2 424 tys. zł., poświadczenie Gminy Dąbrowa Tamawska dla Budomont o wykonaniu robót za cenę 3 734 tys. zł. ofertę cenową T. J. z Groliczyna na dostawę piasku kopanego za cenę 10zł. netto m3 z dostawą do 30km, ofertę H. K. z Krzemiennej na piasek kopany wraz z transportem za cenę

Z zestawienia inwestycji Sanitex wynika, że w latach 2017 - 2018 realizował zamówienia na rzecz Gminy Żurawica za cenę za mb brutto 159,24zł. dla tej samej gminy za cenę 221,70zł., dla Gminy Adamówka za cenę 160,25zł., dla Gminy Wiązownica za cenę 272,49zł. i dla Gminy Laszki za cenę 283,78zł. Do tego zestawienia dołączono: informacje o udzieleniu zamówienia Sanitex w Gminie Laszki, wyciąg z siwz dla Gminy Wiązownica, przedmiar robót dla Gminy Laszki, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Gminy Adamówka, informacji z otwarcia ofert dla Gminy Adamówka, informacji z otwarcia ofert dla Gminy Żurawica, wyciągu z siwz dla Gminy Żurawica.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy jako kompletny, wszechstronny i umożliwiający wydanie orzeczenia w przedmiotowej sprawie. Izba dała wiarę tym dowodom i oceniła je jako rzetelne i nie budzące wątpliwości, co do ich prawdziwości. Izba ustaliła na podstawie informacji z otwarcia ofert, że wartość którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 14 112 134,13zł., średnia arytmetyczna wszystkich 6 złożonych ofert wyniosła 12 871 956, 50zł. i oferta przystępującego konsorcjum była od niej niższa o 28,82%, a od oferty odwołującego o 1 862 835zł. W ocenie Izby przedmiotowy materiał dowodowy musi być rozpoznany kompleksowo, tak z uwzględnieniem pierwszego kosztorysu jak i drugiego złożonych przez przystępującego w ramach obu wyjaśnień, złożone dowody trzeba skonfrontować także z twierdzeniami tak obecnego odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku obu postępowań odwoławczych jak i z twierdzeniami przystępującego, tak w obu wyjaśnieniach jak i w obu postępowaniach odwoławczych, gdyż w ocenie Izby tylko taka konfrontacja oraz fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający określił ryczałtowy charakter wynagrodzenia pozwolą na ustalenie stanu faktycznego, który pozwoli ocenić realność oferty przystępującego konsorcjum. W pierwszej kolejności Izba zanalizowała koszty materiałów wykazywane przez przystępującego, które od kosztów odwołującego wyliczonych w piśmie z dnia 19 lutego 2019r. znacząco odbiegają (4 261 000zł. pomniejszone o 3 770 441,85zł. stanowi różnicę 490 558,15zł.). Jest to niewątpliwie znacząca różnica, jednak analizując choćby tylko dwie pozycje kosztowe tj. koszt PVC, PE i studzienek u obu wykonawców opartych o tego samego dostawcę firmę Pipelife, to już tylko na tym elemencie kosztów materiałowych u tego samego dostawcy wydać, że przystępujący ma korzystniejsze warunki nabycia tych materiałów (różnica między wartością podaną przez odwołującego w piśmie z dnia 19 lutego 2019r.

1 860 000zł., a dwoma ofertami tej firmy dla przystępującego (735 755,77zł. i 3 520zł.) wynosi 1 120 724, 23zł., przy czym w ocenie Izby przystępujący dla tej pozycji wskazał także oferty firmy Prosan na rury Tytan o łącznej wartości 531 551,35zł., czyli nadal na tym jednym elemencie materiałowym przystępujący ma ofertę tańszą o około 500 000zł. Dodatkowo można porównać ofertę przystępującego na pompy w cenie 1 145 600zł., z oświadczeniem odwołującego z pisma z 19 lutego 2019r., który podał koszt 1 146 tys. zł i 88 tys. zł. na 9 letnią gwarancję. Tym samym tylko na tych dwóch pozycjach kosztowych udowodnionych ofertami przez przystępującego waha się właśnie o prawie 500 000zł. o 80 tys. złotych przystępujący jest także tańszy na kosztach pracowniczych, przy czym z zestawienia robocizny przedstawionego przez odwołującego w piśmie z dnia 19 lutego 2019r. wynika, że sam odwołujący kalkulował koszty w oparciu o stawkę 14,70, która znajduje odzwierciedlenie w wartościach przedstawionych w obu kosztorysach przystępującego i na którą przedstawił przystępujący dowody w postaci umów o pracę i aneksów do umów. Tym samym różnica w kosztach mogła wynikać z innego podejścia obu wykonawców do niezbędnej dla wykonania zamówienia ilości roboczogodzin, tego jednak odwołujący nie kwestionował. Co do wyceny piasku, to przedstawione przez odwołującego i przystępującego dowody świadczą, że obaj wykonawcy mają innych dostawców i uzyskali inne ceny na piasek dostarczany na budowę (odwołujący 15,50zł., a przystępujący 10zł.), różnica ta też występuje w kosztach odbiorów. Odwołujący szacuje kwotę 100zł. za odbiór, a przystępujący przedstawił ofertę Gazowni w Leżajsku na kwotę 60zł. Co do wynagrodzenia kierownika robót i robót w branży elektrycznej, to obaj wykonawcy przyjęli w kalkulacji stawkę 2 500zł./m-c przy czym przystępujący skalkulował potrzebę obecności kierownika robót branży elektrycznej w krótszym okresie niż odwołujący bo przyjął 0,86 miesiąca, a odwołujący 7 miesięcy (również tego faktu odwołujący nie kwestionował), obaj wykonawcy w kosztach pośrednich koszt paliwa kalkulowali na poziomie 4zł./l i przy założeniu dojazdu 12 osób (4 brygad), różnica w kosztach pośrednich wynika z innej ilości przyjętych do kalkulacji kilometrów z których będzie następował dojazd - przystępujący przyjął średnią ok. 27 km wskazując na odległości poszczególnych pracowników od miejsca budowy. Tym samym odwołujący nie może skutecznie kwestionować wyliczeń przystępującego w tym zakresie, skoro sam do analogicznych wyliczeń się odwoływał w przystąpieniu w sprawie sygn. akt KIO 515/19. Izba wzięła także pod uwagę, że przystępujący wykazał niższy koszt ubezpieczenia, na co przedstawił dowód, jak również wykazał koszty fotowoltaiki i koszty zużycia energii, a także inne koszty materiałowe, które poniesie. Wykazał własność sprzętu oraz fakt zatrudniania pracowników na umowy o pracę w stawkach prawidłowo skalkulowanych w kosztorysach. Przystępujący wykazał także, że posiada doświadczenie w realizacjach nie tylko zbliżonych cenowo, ale także w znacząco wykraczających pod względem wartości w stosunku do przedmiotowego zamówienia. Przedstawił także referencje potwierdzające swoją dotychczasową rzetelność. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że złożone wyjaśnienia przez przystępującego potwierdzają, że zaoferował on ofertę z ceną rażąco niską.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie ustaliła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez faktyczne umożliwienie Konsorcjum prowadzenia negocjacji co do treści złożonej oferty z uwagi na okoliczność, iż w toku postępowania Konsorcjum kilkakrotnie przedstawiało różne kalkulacje pozycji kosztorysowych w sytuacji gdy prowadzenie negocjacji co do treści oferty jest niedopuszczalne

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby w całości należy podzielić rozważania Izby wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 515/19 dotyczące roli i znaczenie kosztorysu przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Kosztorys ten ma znaczenie pomocnicze, prezentujące sposób dochodzenia do ceny globalnej, ale nie ma charakteru ostatecznego niezmiennego i stanowiącego podstawę rozliczenia pomiędzy stronami. W ocenie Izby przedmiotem oceny przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest cena całkowita oferty, a nie jej poszczególne elementy cenowe. Ważne jest zatem zbadanie czy cena globalna przedstawiona w ofercie jest oparta na realnych założeniach umożliwiających wykonanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby w tym znaczeniu nie można uznać, że przeniesienie poszczególnych elementów kosztorysowych w kalkulacji pogładowej, przy niezminionej cenie globalnej oferty może być uznane za zmianę oferty. Oferta bowiem nie zawierała kalkulacji cen jednostkowych, ale oferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za jedną niezmienną cenę bez względu na to, jakie wartości przypadłyby na poszczególne elementy kosztowe. Kalkulacja takiej ceny nie musi być oparta o analizę kosztów. Zdaniem Sądu Najwyższego (Wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Oznacza to w praktyce, że faktyczny rozmiar prac wykonanych w ramach ryczałtu nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość ceny. Przystępujący wskazywał na powody braku pierwotnej kalkulacji odwodnienia na poziomie zbliżonym do kalkulacji zamawiającego. Wskazywał na to, że roboty odwodnieniowe zależą w dużej mierze od warunków atmosferycznych i poziomu wód i mogą wystąpić w większym lub mniejszym zakresie, co potwierdza też dokumentacja projektowa zamawiającego. Nie mniej przystępujący przedstawiając drugi z kosztorysów pogładowych wykazał, że jest w stanie założyć wyższe koszty robót odwodnieniowych, zgodnie z prognozą zamawiającego bez zmiany globalnej wysokości zamówienia. W konsekwencji cena oferty globalna, która była essentialia negotii umowy nie uległa zmianie, a pomiędzy stronami nie może być mowy o prowadzeniu negocjacji wobec treści oferty.

Przy tak ukształtowanym wynagrodzeniu oraz znaczeniu kosztorysu dopiero na etapie umowy przy określaniu kosztów robót zaniechanych, czy odstąpienia od wykonania czy przerwy, Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie dopuściła się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum w sytuacji gdy oferta ta zawierała zarówno rażąco niską cenę jak i koszty a co za tym idzie oferta Konsorcjum winna zostać przez zamawiającego odrzucona zaś jako najkorzystniejsza winna zostać wybrana oferta odwołującego

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli jej cena jest ceną rażąco niską. Izba przeprowadzając ustalenia stanu faktycznego doszła do przekonania, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie dają podstaw do takiego ustalenia. W konsekwencji zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez pominięcie w ocenie ofert faktu, iż oferta Konsorcjum podlegać winna odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona poważne błędy w zakresie obliczenia ceny oraz kosztów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający jest z mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zobowiązany odrzucić ofertę jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Cena oferty w tym postępowaniu jest ceną ryczałtową, ceną globalną. Jej ustalenie nie wymaga prezentowania

analizy kosztów, czy cen jednostkowych. Cena podana przez przystępującego w wartości netto, wartości podatku Vat oraz z wartości brutto nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, zaś zastosowana przez przystępującego stawka podatku nie była pomiędzy stronami sporna. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum w sytuacji gdy Konsorcjum nie wyjaśniło i nie wykazało oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Konsorcjum, oryginalności projektu Konsorcjum, 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, pomimo, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 kwietnia 2019r. winno było to uczynić

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art.90 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650).

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na dwa następujące aspekty. Po pierwsze przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi o obowiązku zamawiającego wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie jest to natomiast norma adresowana do wykonawcy. Po drugie dowody, do których złożenia zamawiający ma wezwać są wymienione jedynie przykładowo, nie stanowią, ani katalogu zamkniętego, ani katalogu obowiązkowego do wykazania przez każdego wykonawcę. Nie jest też zasadna teza odwołującego, że Izba nakazała właśnie tych elementów przystępującemu. W przedmiotowej sprawie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że zamawiający wykonał obowiązek wezwania pierwotnie z własnej inicjatywy, ponownie z nakazu Izby i wskazał w każdym z wezwań na czym mogą polegać wyjaśnienia przystępującego, w tym wskazał na katalog dowodów podanych w ustawie. Izba wydając wyrok z w sprawie sygn. akt KIO 515/19 określiła obowiązki zamawiającego tj. nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty przystępującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak również powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba natomiast nie adresowała jakiegokolwiek obowiązku wobec wykonawcy przystępującego. Jest to zgodne z art. 180 ust. 1 ustawy jak i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy. Izba bowiem wydając orzeczenie rozstrzyga o obowiązkach zamawiającego wynikających z ustawy i zgromadzony materiał dowodowy potwierdza, że zamawiający wykonał te obowiązki. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo faktu, iż Konsorcjum nie wykazało, iż złożona oferta nie zawiera ceny, która nie jest ceną rażąco niską oraz kosztów, które nie są rażąco niskie w sytuacji gdy okoliczności te winny być wykazane przez Konsorcjum a nadto zarówno cena jak i koszty faktycznie były rażąco niskie zaś dodatkowo dysproporcja ceny wskazanej w ofercie Konsorcjum odbiegała od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (art. 91 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych) o około 35%; oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, Konsorcjum jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia oraz złożone dowody wskazywały, że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz koszty

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rzeczywiście przepis art.90 ust. 2 ustawy wskazuje obowiązek wykonawcy oraz rozkład ciężaru dowodowego przy ocenie ceny oferty pod kątem ceny rażąco niskiej. Sam fakt, że cena oferty odbiega od wartości szacunkowej ubruttowionej o ponad 30% nie przesądza o obowiązku wzywania do wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy stanowi bowiem, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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. Przepis ten zatem umówi o uprawnieniu zamawiającego, z którego zamawiający skorzystał dwukrotnie w dniu 17 stycznia 2019r. i 29 kwietnia 2019r. Zgromadzony materiał dowodowy w sprawie wskazuje na to, że zaoficerowana przez przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską. Przystępujący przedstawił kalkulacje cenowe, własne wyliczenia kosztów pośrednich, oferty i ich aktualizacje na poparcie prawidłowości wyliczeń związanych z kosztami materiałów, ubezpieczenia, odbiorów, a także umowy o pracę i aneksy do nich potwierdzające zatrudnianie pracowników na umowy o pracę w stawkach odpowiadających w przeważającej części stawkom minimalnym z daty sporządzania tych dokumentów, wykazał także ilości zatrudnianych pracowników, a także przywiązanie pracowników do firmy z uwagi na ich staż pracy, wykazał, że dotychczas prawidłowo realizował zamówienia, że obecnie realizuje kontrakty, wykazał także fakt własności dużej ilości sprzętu, który może być wykorzystany do realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby całokształt udzielonych wyjaśnień i załączonych do niej dowodów nie potwierdza rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy wskazana w ofercie cena była rażąco niska zaś kryterium ceny było jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu natomiast w zakresie pozostałych kryteriów liczba punktów odwołującego i Konsorcjum była taka sama

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że oferta przystępującego nie była ofertą z rażąco niską ceną, w konsekwencji, cena oferty przystępującego mogła być przyjęta przez zamawiającego do oceny ofert. Przystępujący zaoficerował cenę 9 162 885zł., zaś odwołujący cenę 11 025 720zł. Tym samym w kryterium ceny oferta przystępującego jest niewątpliwie ofertą korzystniejszą, tym samym skoro odwołujący nie przeczy, że w pozostałych kryteriach obie oferty były tak samo ocenione, to niewątpliwie oferta przystępującego była ogólnie ofertą korzystniejszą. Tak korzyść odnosi się właśnie do kryterium ceny. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez faktyczny brak uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie dotyczącym wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oraz przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących taką ocenę, pomimo iż czynność badania ofert była powtórzona na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019r. wobec wątpliwości co do kwalifikacji ceny oraz kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum pod kątem ich oceny jako rażąco niskich oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez faktyczne niewskazanie w treści protokołu powodu wyboru oferty (Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż oferta Konsorcjum została uznana za najkorzystniejszą na podstawie bilansu ceny i innych kryteriów określonych w specyfikacji), pomimo, iż ocena ofert była powtórzona na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r. i następowała w związku z zastrzeżeniami co do ceny i kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum jako rażąco niskich a co za tym idzie zamawiający winien był w tym zakresie precyzyjnie opisać wszelkie okoliczności związane z wątpliwościami co do ceny i kosztów zaproponowanych przez Konsorcjum

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Natomiast przepis art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy wskazuje, że w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim, i jeśli jest to wiadome w danym momencie - imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców.

Rzeczywiście oba przepisy wskazują na konieczność podania uzasadnienia, jednakże odwołujący odczytuje ten przepis jako obowiązek podania uzasadnienia zaniechania odrzucenia oferty wybranej, podczas gdy przepisy powoływane wyżej wskazują na obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru oferty. Przepisy te także nie nakładają na zamawiającego dodatkowych obowiązków w sytuacji, gdy do wyboru dochodzi na skutek zmiany wcześniejszej decyzji zamawiającego, czy wydania orzeczenia przez organy

odwoławcze. Tym samym fakt, że w niniejszej sprawie zamawiający inaczej niż pierwotnie zbadał ofertę przystępującego, jak i fakt, że robił to w skutek orzeczenia Izby nie zmienia zakresu obowiązków informacyjnych na nim ciążyących. Dla wyboru oferty wystarczające jest bowiem ustalenie, że oferta nadaje się do oceny w przyjętych kryteriach i w tych kryteriach jest ofertą najkorzystniejszą. Takie właśnie uzasadnienie przedstawił zamawiający, czym wypełnił obowiązki ustawowe. Oczywiście Izba dostrzega w zarzutach odwołującego pewną rekomendację dla zamawiających. Taką, że szerokie informowanie o powodach tak działań jak i zaniechać zamawiającego, może stanowić wartość dodatnią. Wykonawca znający każdy element motywacyjny zamawiającego może postrzegać postępowanie zamawiającego jako bardziej transparentne i obiektywne, a w konsekwencji może to prowadzić do ograniczenia sporów na gruncie postępowania zamówieniowego. Mimo tej rekomendacji, w ocenie Izby przepis ustawy nie daje Izbie podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1- 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 i 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez nieudostępnienie odwołującemu wszystkich załączników do protokołu (które to załączniki stanowią integralną jego część) w oparciu o instytucję tajemnicy przedsiębiorstwa, i z powołaniem się na jedynie lakoniczne (tj. bez szczegółowego uzasadnienia) oświadczenie Konsorcjum w zakresie danych objętych tą tajemnicą

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim wskazać należy, że na datę orzekania odpadł substrat zaskarżenia, gdyż w dacie wyrokowania nie było już dokumentów

objętych sporem, dla których przystępujący utrzymywałby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji rozstrzygnięcie w przedmiocie postawionego zarzutu stało się zbędne. Izba nie miałaby także żadnej podstawy tak prawnej jak i faktycznej do nakazania zamawiającemu dokonania odtajnienia załączników do obu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę złożonych przez przystępującego. Z tych względów Izba postanowiła zarzut oddalić. Na marginesie jedynie wskazać należy, że z faktu, iż przystępujący ujawnił informacje dotychczas przez niego zastrzeżone nie przesądza, o tym że w dacie ich zastrzegania nie zawierały informacji chronionych. To przystępujący jako dysponent tajemnicy określa do jakiego momentu dana informacja utrzymywana w poufności generuje dla niego korzyści, a kiedy przestaje być wartością dodatnią. O tym, że przynajmniej część załączników do wyjaśnień mogły mieć walor tajemnicy może świadczyć fakt, że obaj wykonawcy (odwołujący i przystępujący) zaopatrują się u tego samego dostawcy Pifelife, a jednak to przystępujący zaoferował korzystniejszą cenę. Z tego względu nie można z góry przesądzić, które wiadomości w konkretnym stanie faktycznym mają wartość ekonomiczną. Te okoliczności należy zawsze badać w konkretnym stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe tj. oddalenie wszystkich zarzutów odwołania, Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1,2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia w związku w § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia, tj. zasądzono zwrot kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., to jest w wysokości maksymalnej dopuszczalnej przez rozporządzenie, na podstawie przedstawionego rachunku.

Przewodniczący: