

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31.12.2020 r. przez wykonawcę **W. M. działającego pod firmą Firma HandlowoUsługowa „SANIT-BUD” ul. Górników 3/22, 30-819 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Mucharz, ul. Mucharz 226, 34-106 Mucharz**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy **F.U.H. Instalflex A. K., Chojnik 130, 33180 Gromnik;**
- 3) ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Mucharz, ul. Mucharz 226, 34106 Mucharz i:**

- 3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. M. działającego pod firmą Firma HandlowoUsługowa „SANIT-BUD” ul. Górników 3/22, 30-819 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2) zasądza od zamawiającego **Gmina Mucharz, ul. Mucharz 226, 34106 Mucharz** na rzecz wykonawcę **W. M. działającego pod firmą Firma HandlowoUsługowa „SANIT-BUD” ul. Górników 3/22, 30-819 Kraków** kwotę **13 917 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika oraz opłaty skarbowe od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Mucharz, ul. Mucharz 226, 34-106 Mucharz wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa wewnętrznej instalacji gazowej w budynku mieszkalnym wielorodzinnym Skawce nr 191, na dz. nr 777/31«.

27.11.2020 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 616678-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

28.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.U.H. Instalflex A. K., Chojnik 130, 33180 Gromnik (zwanego dalej „wykonawcą I”).

31.12.2020 r. wykonawca W. M. działający pod firmą Firma HandlowoUsługowa „SANIT-BUD” ul. Górników 3/22, 30-819 Kraków (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp:

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy I;
- 2) zaniechanie czynności wezwania wykonawcy I do poprawienia wykazu robót budowlanych;
- 3) zaniechanie czynności wezwania wykonawców HEJAN – Technika Grzewcza i Sanitarna H. J. (zwanego dalej „wykonawcą H”) oraz wykonawcy MCE Małopolskie Centrum Ekologiczne S. M., P. K. s.c. (zwanego dalej „wykonawcą M”) do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy I podczas gdy wykonawca I przedstawił wyłącznie pozorne wyjaśnienia zaoferowanej ceny, które jednocześnie wskazują, że nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy I do poprawienia wykazu robót budowlanych, podczas gdy ze złożonego wykazu robót budowlanych nie wynika, że wykonawca I spełnia warunek udziału w postępowaniu;
- 3) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy H oraz wykonawcy M do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, podczas gdy istotne części składowe zaoferowanych cen przez wykonawców H i M wydają się rażąco niskie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy I;
- 2) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy I do poprawienia wykazu robót budowlanych;
- 3) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawców H oraz M do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny;
- 4) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 10.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według złożonych na rozprawie dokumentów.

Argumentacja odwołującego

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp

Wartość szacunkowa zamówienia, wynikająca z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynosi 192.709,51 zł. Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług (którego stawka dla zamówienia wynosi 8%) wynosi 208.126,27 zł.

W postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca I. Za realizację zamówienia zaoferował on wynagrodzenie w wysokości 124.355,83 zł brutto. Cena tej oferty jest niższa o 40,25% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Pismem z 18.12.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę I do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Wykonawca I odpowiedział na wezwanie w tym samym dniu.

Nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę I są wystarczające do wykazania, że oferta wykonawcy I nie zawiera rażąco niskiej ceny, bo:

- 1) wyjaśnienia mają bardzo ogólny charakter;
- 2) wyjaśnienia nie są poparte dowodami;
- 3) wykonawca I przyjął koszty pracy, których wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę;
- 4) wyjaśnienia nie obejmują wielu istotnych prac, które muszą zostać wykonane.

Wyjaśnienia wykonawcy I mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia składają się z samym ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia. Nie zawierają również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Tymczasem w rozpoznawanym stanie faktycznym wykonawca I przykładowo pisze

o „posiadaniu ugruntowanych kontaktach z hurtowniami materiałów budowlanych oraz instalacyjnych”, o „posiadaniu zniżek u producentów materiałów oraz w hurtowniach, które pozwalają zaproponować bardzo korzystne ceny dla zamawiających”, czy o „posiadaniu zaplecza finansowego, które umożliwia zakup materiałów w większych ilościach po atrakcyjnych cenach i magazynowania ich w celach późniejszego wykorzystania w kolejnych robotach”. Brak jednak chociażby wskazania, z jakimi dokładnie hurtowniami wykonawca I współpracuje, ile lat trwa już ta współpraca, czy w jakiej dokładnie wysokości wykonawca I posiada rabat w stosunku do cen katalogowych.

Podobnie żadnego znaczenia nie mają twierdzenia na temat „zatrudnienia kadry kierowniczej i pracowniczej z wieloletnim stażem”. Wykonawca I w żaden sposób nie wyjaśnił, jak ta okoliczność miałaby wpłynąć na obniżenie zaoferowanej ceny. Z logicznego punktu widzenia wypływa wniosek dokładnie odwrotny – im bardziej doświadczona kadra, tym większe jej wynagrodzenie. Przy czym wykonawca I nie podał żadnej konkretnej wartości w tym zakresie (np. średniego stażu pracy pracowników).

Również nic do sprawy nie wnosi stanowisko, że: „sprzęt, narzędzia i transport, jaki jest w posiadaniu i użytkowaniu przez naszych pracowników zapewnia im komfort pracy, dokładność w wykonywanej dziedzinie prac oraz zapewnia, że staranność i rzetelność jest miarą jakości oraz zapewnia gwarancje świadczonych przez nas usług”.

Można stwierdzić, że żaden element z treści wyjaśnień wykonawcy I nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca I mógł zaoferować konkretną cenę. Wyjaśnienia nie zawierają przynajmniej podstawowych informacji dotyczących sposobu, w jaki wykonawca I skalkulował cenę oferty.

Co więcej, nawet te – w sposób bardzo ogólny przedstawione przez wykonawcę I – okoliczności nie stanowią żadnego wyróżnika wykonawcy I na tle innych wykonawców. Każdy bowiem przedsiębiorca działający na rynku robót instalacyjnych posiada siłą rzeczy kontakty handlowe z producentami materiałów bądź w hurtowniach budowlanych i jest w stanie wynegocjować zniżki na zakup materiałów względem cen katalogowych.

Bez podania konkretnych mierzalnych wartości (w tym przypadku konkretnej wartości rabatu) nie jest możliwe ustalenie, czy wobec wykonawcy I faktycznie zachodzą wyjątkowo sprzyjające okoliczności, czy raczej wykonawca I znajduje się w takiej samej sytuacji, co każdy przedsiębiorca działający na tym samym rynku.

Brak dowodów

Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne istotne dowody.

Za istotny dowód nie może zostać uznany kosztorys szczegółowy. Wraz ze złożoną ofertą wykonawca I przedstawił już kosztorys w wersji uproszczonej, ale również przedstawił dodatkowo zestawienie kosztów materiałów, robocizny oraz sprzętu. Przedstawiając ponownie kosztorys, wykonawca I nie wniósł nic nowego do sprawy.

Również bez znaczenia dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostają załączone przez wykonawcę I referencje dotyczące zrealizowania wcześniejszych zamówień. Z tych dokumentów wynika jedynie, że wykonawca I należycie wykonał wcześniejsze zamówienie, co jednak związane jest ze sferą warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sferą wyjaśnień zaoferowanej ceny. To, że wykonawca I zrealizował wcześniej w sposób należyty inne zamówienie (zamówienia) nie potwierdza, że będzie w stanie zrealizować rozpoznawane zamówienie za zaoferowaną cenę. Każde zamówienie ma inny zakres prac, a wykonawca I nie podjął nawet próby wyjaśnienia, w jaki dokładnie sposób realizacja wcześniejszych zamówień ma chociażby uprawdopodobnić realność poszczególnych składników cenotwórczych w ramach zamówienia.

Koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę

Zamówienie będzie realizowane w 2021 roku. Zgodnie z rozdz. V SIWZ termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia określa się na 26.02.2021 r.

Kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę określona jest w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 1596). Zgodnie z tym rozporządzeniem od 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.800 zł.

Przyjmując, że w jednym miesiącu jest około 168 godzin roboczych, to stawka roboczogodziny wynosi 16,66 zł.

Należy jednak pamiętać, że zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 90 ust. 1 pkt 1

i pkt 3 Pzp wyjaśniając zaoferowaną cenę należy wziąć pod uwagę między innymi koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, jak również należy wziąć pod uwagę koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Oznacza to, że wykonawca I jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika.

W aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia pracodawca ponosi dodatkowo następujące koszty:

- 1) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 266 ze zm.):

- a) art. 16 ust. 1 – składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników – finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru),
 - b) art. 16 ust. 1b – składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek,
 - c) art. 16 ust. 3 – składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 [pracownicy] i finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek;
- 2) koszty wynikające ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1409 ze zm.):
składka na Fundusz Pracy wynosi 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę);
 - 3) koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 7):
stopa procentowa składki na FGSP wynosi 0,10% kwoty, od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek [pracodawcę].

Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.

Oznacza to, że realna stawka roboczogodziny, uwzględniająca wszystkie koszty pracodawcy wynosi 20,07 zł.

Tymczasem wykonawca I w dołączonym do złożonych wyjaśnień kosztorysie wskazał, że koszt roboczogodziny wynosi zaledwie 16,00 zł. Tym samym wykonawca I nie wziął pod uwagę wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników i tym samym potwierdził, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę.

Brak uwzględnienia wielu istotnych prac

Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. W rozdz. 17 (opis sposobu obliczenia oferty) ust. 3 SIWZ zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Cena ryczałtowa [...] obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające: z projektu budowlanego, projektu technicznego wraz z przedmiarem robót, istotnych postanowień umowy, obowiązujących przepisów, norm i wiedzy budowlanej, w tym również koszty tj.: należny podatek od towarów i usług [...] w obowiązującej wysokości, wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymanie zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy, pełnej obsługi geodezyjnej, projektu organizacji robót, wykonania dokumentacji powykonawczej, związane z odbiorami wykonanych robót, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego, ubezpieczenia budowy na czas realizacji, wszelkich uzgodnień niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania i oddania do użytkowania wybudowanej infrastruktury i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Niedoświadczenie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia. Pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawca złożył wraz z ofertą kosztorys w wersji uproszczonej. Kosztorys nie będzie sprawdzany na etapie badania ofert, stanowić natomiast będzie materiał pomocniczy i informacyjny w przypadku konieczności przeprowadzenia nieprzewidywanych dodatkowych rozliczeń, sprawdzeń czy obliczeń należnego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia, odstąpienia od umowy. Jedyna cena wiążąca wykonawcę jest kwota wpisana w formularzu ofertowym (załącznik nr 5 do SIWZ), sporządzona na podstawie udostępnionej dokumentacji przetargowej” [pisownia oryginalna].

Ponadto w treści § 2 ust. 3 istotnych postanowień umowy (stanowiących zał. nr 12 do SIWZ) zawarte jest postanowienie: „Cena robót określona w pkt 1 zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji jak również

w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Są to m.in. koszty: wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymanie zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy, pełnej obsługi geodezyjnej, projektu organizacji robót, innych czynności i robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia”.

Oznacza to, że kalkulując ryczałtową cenę wykonawca musi wziąć pod uwagę wszystkie prace do wykonania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, w tym między innymi z projektu budowlanego oraz projektu technicznego wraz z przedmiarem robót.

Tymczasem z wyjaśnień zaoferowanej ceny wykonawcy I wynika, że wykonawca I dokonując kalkulacji ceny wziął pod uwagę tylko i wyłącznie wykonanie prac wynikających z przedmiaru robót.

Jednocześnie jednak z opisu przedmiotu zamówienia wynika obowiązek wykonania jeszcze szeregu innych prac, które nie wynikają z przedmiaru. Tytułem przykładu odwołujący wskazał:

- 1) demontaż pieców na paliwo stałe (wymóg wynika z załącznika numer 2 do SIWZ – projekt budowlany [nazwa pliku „PAB_OPIS – SKAWCE_03.11.pdf”], strona 24, ust. 3);
- 2) wykonanie instalacji elektrycznej z uwagi na montaż pieców gazowych zasilanych 230V (wymóg obligatoryjny);
- 3) odprowadzenie kondensatu z pieca gazowego, zasilanie kotła z instalacji wodociągowej (wymóg wynika z załącznika numer 2 do SIWZ – projekt budowlany [nazwa pliku „PAB_OPIS-SKAWCE_03.11.pdf”], strona 23, ust 2);
- 4) zamurowanie przewodów kominowych (spalinowych) oraz doprowadzenie wentylacji do pomieszczeń kuchni (wymóg wynika z załącznika numer 2 do SIWZ – projekt budowlany [nazwa pliku „PAB_OPIS-SKAWCE_03.11.pdf”], strona 24 ust. 2);
- 5) podłączenie kotłów do istniejącej instalacji centralnego ogrzewania i ciepłej wody użytkowej (wymóg wynikający z wymiany źródła ciepła);
- 6) uzupełnienia ubytków po przebiściach, malowanie ścian, odtworzenie stanu pierwotnego.

Wszystkie te prace będzie należało wykonać, mimo że nie zostały ujęte one w przygotowanym przez zamawiającego przedmiarze robót.

Wykonawca I w złożonych wyjaśnieniach zaoferowanej ceny nie odniósł się w żaden sposób do konieczności

wykonania tych prac. Wykonawca I przedstawił wyłącznie kosztorys, przygotowany na podstawie przedmiaru robót. Wykonawca I w żaden sposób nie wyjaśnił, czy w ogóle (a jeżeli tak – to w jaki sposób) skalkulował koszt wykonania pozostałych prac nie ujętych w przedmiarze.

Wobec powyższego należy uznać, że wyjaśnienia zaoferowanej ceny mają niepełny charakter i wykonawca I nie jest w stanie zrealizować całości zamówienia (wszystkich prac wynikających z całego opisu przedmiotu zamówienia) za zaoferowaną cenę.

Brak możliwości ponownego wezwania do wyjaśnień

Nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy I do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Zamawiający postawił w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. 6 ust. 2 pkt 3 lit. a SIWZ warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: »Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał: Jedną robotę budowlaną polegającą na: wewnętrznej budowie instalacji gazowej tożsamą z przedmiotem zamówienia – jedna robota dotyczy zrealizowanej jednej umowy lub zamówienia o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto«.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca I przedstawił datowany na 21.12.2020 r. wykaz wykonanych robót budowlanych. Wskazana w nim została robota wykonana na rzecz Zarządu Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, o wartości 251.145,84 zł brutto, polegająca na wykonaniu w lokalach mieszkalnych Gminy Gliwice, rozbudowy wewnętrznej instalacji gazowej i instalacji centralnego ogrzewania z jednoczesną likwidacją nieekologicznych urządzeń na paliwo stałe wraz z wydzieleniem pomieszczeń higienicznosanitarnych i wynikającą z przebudowy instalacji wod.-kan. i elektrycznej.

Przedstawiona przez wykonawcę I robota budowlana miała szerszy zakres, niż wymagany przez zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem roboty polegającej na budowie instalacji gazowej (tożsamej z przedmiotem zamówienia). Natomiast wcześniejsza inwestycja zrealizowana przez wykonawcę I obejmowała również rozbudowę instalacji centralnego ogrzewania, likwidację nieekologicznych urządzeń na paliwo stałe, wydzielenie pomieszczeń higienicznosanitarnych oraz przebudowę instalacji wod.-kan. i elektrycznej.

Wykonawca I mógłby wykazać tę robotę w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tylko w przypadku, gdy wartość robót polegających na budowie instalacji gazowej wynosiłaby co najmniej 200.000 zł brutto. Wykonawcy I w wykazie wykonanych robót budowlanych powinien również wskazać wartość brutto robót dotyczących tylko i wyłącznie instalacji gazowej, a nie całej inwestycji (która miała szerszy zakres niż warunek udziału w postępowaniu).

Gdyby wykonawca I podał realną wartość robót dotyczących tylko i wyłącznie instalacji gazowej, to wartość ta okazałaby się niższa niż wymagane 200.000 zł brutto. W związku z tym wykonawca I nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

W takiej sytuacji zastosowanie powinien znaleźć art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

3. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, 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 (...).

Przepis ten określa więc, że zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień (w tym złożenie dowodów) nie tylko wtedy, gdy rażąco niska wydaje się być zaoferowana cena, ale również, gdy rażąco niskie wydają się być istotne części składowe tej ceny.

Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia przez przygotowanie kosztorysu inwestorskiego.

Wartość zamówienia netto wynikająca z kosztorysu inwestorskiego wynosi 192.709,51 zł netto. Jednocześnie dwie pozycje składowe kosztorysu mają bardzo istotne znaczenie. Są to:

- 1) Pozycja 1.10 Gazowy kocioł dwufunkcyjny o mocy 16 kW. Ta pozycja została przez zamawiającego wyceniona na 104.910,24 zł netto. Stanowi to 54,44% wartości całego zamówienia;
- 2) Pozycja 1.15 Odprowadzenie spalin – przewód powietrzno-spalinowy 80/125 z wyprowadzeniem ponad dach. Ta pozycja została przez zamawiającego wyceniona na 59.484,16 zł netto. Stanowi to 30,87% wartości całego zamówienia.

Jednocześnie pozycje te są bardzo istotne, ponieważ w gruncie rzeczy determinują należyte wykonanie całego zamówienia.

Wykonawcy H oraz M w dołączonych do swoich ofert kosztorysach wycenili obie te pozycje w sposób nierealistycznie niski, co rodzi poważne wątpliwości czy wykonawcy H oraz M są w stanie wykonać te pozycje zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ:

1) wykonawca H wycenił pozycję 1.10 Gazowy kocioł dwufunkcyjny o mocy 16 kW na 59.805,76 zł netto. Wartość ta jest niższa o 42,99% od szacunku zamawiającego;

2) wykonawca H wycenił pozycję 1.15 Odprowadzenie spalin – przewód powietrzno-spalinowy 80/125 z wyprowadzeniem ponad dach na 28.943,68 zł netto. Wartość ta jest niższa o 51,34% od szacunku zamawiającego;

3) wykonawca M wycenił pozycję 1.10 Gazowy kocioł dwufunkcyjny o mocy 16 kW na 66.918,72 zł. Wartość ta jest niższa o 36,21% od szacunku zamawiającego. Dodatkowo wykonawca M zmienił w kosztorysie nazwę tej pozycji na „piec gazowy wody przepływowej”, co dodatkowo rodzi poważne wątpliwości czy wykonawca zamierza zrealizować

pozycję zgodnie z wymaganiami zamawiającego (to znaczy czy faktycznie ma zamiar zamontować kocioł dwufunkcyjny o mocy 16 kW);

4) wykonawca M wycenił pozycję 1.15 Odprowadzenie spalin – przewód powietrzno-spalinowy 80/125 z wyprowadzeniem ponad dach na 25.622,24 zł netto. Wartość ta jest niższa o 56,93% od szacunku zamawiającego.

W związku z tym zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę H oraz wykonawcę M do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 31.12.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 5.01.2021 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Do 9.01.2021 r. żaden wykonawca nie złożył Prezesowi KIO pisma o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 28.01.2021 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto zamawiający stwierdził u odwołującego brak interesu we wniesieniu odwołania ze względu na brak wykazania konieczności oddalenia ofert pozostałych wykonawców, których oferty klasyfikując się na wyższych pozycjach rankingu ofert niż oferta odwołującego, oraz zaoferowanie przez odwołującego ceny, która dalece przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Odwołujący sformułował konkretne zarzuty wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza przez zamawiającego oraz przedstawił zarzuty –

w stosunku do pozostałych ofert – na poziomie szczegółowości adekwatnej do czynności zamawiającego, a zaoferowanie przez odwołującego ceny, która również dalece przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi przesłanki do stwierdzenia braku interesu u odwołującego we wniesieniu odwołania oraz zaprzestania obowiązywania uprawnienia wykonawcy do skutecznego wniesienia odwołania.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy I podczas gdy wykonawca I przedstawił wyłącznie pozorne wyjaśnienia zaoferowanej ceny, które jednocześnie wskazują, że wykonawca I nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że – natykając się na cenę wykonania przedmiotu zamówienia zaoferowaną przez wykonawcę I – zamawiający zwrócił się do wykonawcy I o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od [...] wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«. Udzielone we właściwym terminie wyjaśnienia zostały uznane przez zamawiającego za kompletne i wystarczające, co pozwoliło zamawiającemu do dopuszczenia oferty wykonawcy I do fazy oceny ofert i wybrania tej oferty jako najkorzystniejszej.

Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę, że wykonawca I w wyjaśnieniach wskazał stawkę 16 zł za roboczogodzinę, co jest stawką niższą niż wynikającą z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. § 1 tego rozporządzenia brzmi »Od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2800 zł«, a § 2 rozporządzenia brzmi »Od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł«.

W związku z tym zamawiający powinien uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę, jeżeli wykonawca nie wykazał pełnego pokrycia podstawowego kosztu, jakim jest wynagrodzenie za pracę na minimalnym poziomie.

Jednocześnie Izba stwierdza, że zawarcie przez wykonawcę I w kosztorysie szczegółowym (załączonym jako dowód do wyjaśnień wykonawcy I) tylko elementów wskazanych w przedmiarze robót sporządzonym przez zamawiającego nie powinno stanowić podstawy do stwierdzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę, szczególnie przy założeniu dokonanych przez zamawiającego obowiązywania ceny ryczałtowej (rozdz. 17 ust. 3 SIWZ). Ponadto Izba nie może uwzględnić nieargumentowanego stwierdzenia odwołującego cyt. »nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy I [...] do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny«.

Ogólnie Izba stwierdza, że po analizie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę I, z których to wyjaśnień wynika, że wykonawca I nie zapewni zatrudnionym nawet płacy w minimalnej wysokości, zamawiający powinien uznać, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co wynika z art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »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«.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, zarzut pierwszy naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp – musi zostać uwzględniony przez Izbę.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy I do poprawienia wykazu robót budowlanych, podczas gdy ze złożonego wykazu robót budowlanych nie wynika, że wykonawca I spełnia warunek udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. 6 ust. 2 pkt 3 lit. a in fine SIWZ postawił zobowiązanie, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał: ► Jedną robotę budowlaną polegającą na: wewnętrznej budowie instalacji gazowej tożsamą z przedmiotem zamówienia - jedna robota dotyczy zrealizowanej jednej umowy/zamówienia o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto» [w brzmieniu oryginalnym – przyp. Izby]. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „tożsamy [...] «niczym się nie różniący, taki sam lub ten sam; identyczny»”. Jednak Izba musi stwierdzić, że zamawiający nie użył w tym postanowieniu SIWZ wyrazu »tożsamy« w jego podstawowym znaczeniu słownikowym, co jest zalecane przez § 8 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej (ZTP) stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283) »W ustawie należy posługiwać się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu«.

Izba musi zauważyć, że zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania tego aktu prawnego, a zwłaszcza SIWZ nie jest ustawą. Jednak tworząc SIWZ, będący specyficznym aktem prawnym, zamawiający poddają się wskazaniom tworzenia przepisów prawa, a więc działając z należytą starannością zamawiający powinni brać przykład z możliwie najdoskonalszych wzorów, a takim wzorem są szczególnie ustawy, których projekty są redagowane właśnie zgodnie z Zasadami tworzenia prawa.

Wskazany wyżej brak zastosowania w SIWZ podstawowego znaczenia wyrazu »tożsamy« powoduje, że najpierw należy ustalić znaczenie tego wyrazu i to w taki sposób

w jaki ustalić to znaczenie powinien każdy. Skoro nie można uznać, że zamawiającemu chodziło o znaczenie wyrazu »tożsamy« jako »niczym się nie różniący«, bo w takim przypadku warunek mógłby spełnić tylko wykonawca, który wykonał roboty budowlane w tym samym budynku i w tym samym zakresie, na co opiewa obecne zamówienie, a to zapewne wiązałoby się z koniecznością unieważnienia postępowania ze względu na brak możliwości znalezienia takiego wykonawcy lub należałoby stwierdzić naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Podobnie nie można wziąć pod uwagę znaczeń »ten sam« czy »identyczny«. Dlatego należy stwierdzić, że zamawiającemu chodziło o wyraz »tożsamy« w znaczeniu »taki sam« czyli przede wszystkim obejmujący taki sam zakres robót. A więc wykazane przez wykonawcę I roboty polegające na rozbudowie wewnętrznej instalacji gazowej i instalacji centralnego ogrzewania w swoim zakresie robót jest taki sam jak zakres robót w rozpoznawanym zamówieniu i zawiera np. demontaż starych rur, instalację nowych czy roboty związane z remontem łazienek czy innych pomieszczeń lokatorskich.

W związku z wykazaniem spełnienia przedmiotowego warunku przez wykonawcę I zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy I do składania jakichkolwiek innych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Dlatego, w ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy H oraz wykonawcy M do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, podczas gdy istotne części składowe zaoferowanych cen przez wykonawców H i M wydają się rażąco niskie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w postanowieniu rozdz. 8 ust. 3 pkt 1 SIWZ określił, że postępowanie jest prowadzone w tzw. „procedurze odwróconej” na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu«.

Zamawiający w rozdz. 8 ust. 3 pkt 1 SIWZ szczegółowo określił jak będzie postępować w „procedurze odwróconej”, cyt. »W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewiduje tzw. „procedurę odwróconą”, o której mowa w art. 24aa Pzp. Procedura ta polega na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie będzie dokonywał podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia) i nie będzie badał wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, złożonych w ofertach. Zamawiający najpierw dokona oceny złożonych ofert, pod kątem kryteriów oceny ofert, określonych w rozdziale 18 [...] SIWZ oraz przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp), po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej) dokona oceny podmiotowej tego wykonawcy tj. zbada jego oświadczenie wstępne złożone w ofercie, a następnie zażąda od niego – na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp przedłożenia określonych dokumentów. W przypadku nie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału i wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu zamawiający dokona oceny kolejnego wykonawcy, którego oferta będzie najwyższej oceniona, a następnie wezwie do złożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia«.

Dlatego zamawiający – po ocenie ofert – zbadał tylko czy wykonawca I, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający nie badał czy którykolwiek z pozostałych wykonawców nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto należy wziąć pod uwagę, że cena żadnej z pozostałych ofert nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Dlatego nie można stwierdzić, że zamawiający był zobligowany do zwracania się do któregośkolwiek z wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Z tego powodu Izba nie może uwzględnić zarzutu trzeciego.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy

z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2437) uznając za uzasadnione koszty wpisu w wysokości 10 000,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę w wysokości 300,00 zł, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł, koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł (razem 13 917,00 zł).

Przewodniczący:.....