

WYROK

z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **23 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 grudnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rokom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rokom Infrastruktura sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. pn. *Poprawa bezpieczeństwa wybranych obiektów MPWiK w m.st. Warszawie S.A. – ogrodzenie Zakładu Północnego w Wieliszewie przy ul. 600-lecia 20* (nr postępowania 01001/WS/PW/PZP-DRZ-WR/IB/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **A. P. – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL”, Oleszyce** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – z tytułu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Poprawa bezpieczeństwa wybranych obiektów MPWiK w m.st. Warszawie S.A. – ogrodzenie Zakładu Północnego w Wieliszewie przy ul. 600-lecia 20* (nr postępowania 01001/WS/PW/PZP-DRZ-WR/IB/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 lipca 2020 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_144 pod poz. 355556.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu w części III zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. P. – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL”, Oleszyce {dalej również w skrócie: „Anpol”}.

7 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rokom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rokom Infrastruktura sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Anpol.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Anpolu, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust 2 pkt 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Anpolu, pomimo że treść złożonych przez niego wyjaśnień potwierdza niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie udziału podwykonawców w realizacji robót.

3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 – przez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Anpolu.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert w taki sposób, aby spowodowało to wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące treści SIWZ oraz przebiegu badania ceny oferty złożonej przez Anpol.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych dotyczących wykonania ogrodzenia terenu Zakładu Północnego MPWiK. W części III SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia” wskazano, że integralnym elementem składowym opisu przedmiotu zamówienia jest w szczególności specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (dalej: „STWiORB”) a także przedmiar robót dla branży budowlanej oraz branży elektrycznej. Zakres robót został określony w załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej.

W STWiORB prace związane z wycinką drzew zostały zakwalifikowane do robót budowlanych.

5. *Wymagania dotyczące wykonania robót budowlanych (sposób wykończenia, tolerancje wymiarowe, szczegóły*

technologiczne)

5.1. Wycinka drzew

Drzewa zakwalifikowane do wycinki wskazano w Inwentaryzacji dendrologicznej.

Do wykonywania robót związanych z usunięciem drzew i krzaków należy stosować:

- piły mechaniczne,
- specjalne maszyny przeznaczone do karczowania pni oraz ich usunięcia z pasa drogowego,
- sprzęt ręczny do prowadzenia prac związanych z wyrębem drzew.

Roboty związane z usunięciem drzew i krzaków obejmują wycięcie i wykarczowanie drzew, wywiezienie pni, karpiny i gałęzi poza teren budowy na wskazane miejsce, zasypanie dołów oraz ewentualne spalanie na miejscu pozostałości po wykarczowaniu.

Analogicznie w treści przedmiarów prace te zostały również zaliczone do robót budowlanych jako dział pn. „Zabezpieczenie i usunięcie drzew” {w odwołaniu wklejono poz. 1., 3., 4. i 6. przedmiarów}.

W postępowaniu przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe, stąd na potrzeby oferty obowiązkiem wykonawców była prezentacja łącznej ceny. Wykonawcy mieli obowiązek złożyć wraz z ofertą wypełniony „Formularz oferty”, stanowiący załącznik nr 1 do Instrukcji dla wykonawców (dalej: „IDW”), stanowiącej część I SIWZ.

12. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

12.1 Podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) będzie wynagrodzeniem umownym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

12.2 Cena oferty (wynagrodzenie) musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy.

12.3 Cena oferty winna być podana w PLN i winna obejmować cały zakres zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Projekt umowy potwierdza przyjęty sposób rozliczenia – patrz § 3 ust. 2:

Wynagrodzenie, określone w ust. 1 pkt. 3) jest stałe i obejmuje koszty wykonania wszelkich czynności związanych z realizacją przedmiotu umowy, w tym między innymi: koszt urządzeń i materiałów zastosowanych do realizacji przedmiotu umowy, koszt robót, koszt zabezpieczenia terenu, koszt udzielenia Zamawiającemu gwarancji i ręką na przedmiot umowy, koszty opracowania wszelkich dokumentów (oraz ich ewentualną zmianę), które będą przekazane w czasie odbioru, koszty wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich majątkowych do utworów wchodzących w skład dokumentacji powykonawczej oraz przeniesienie praw do wykonywania praw zależnych, koszt zajęcia terenu, koszt opracowania projektu organizacji ruchu, koszt uzyskania decyzji administracyjnych (w przypadku konieczności), koszt dostępu do energii elektrycznej i wody, koszt wszelkich niezbędnych badań, prób, rozruchów, testów, odbiorów wszystkie wymagane uzgodnienia, ubezpieczenia, należny podatek VAT, narzuty, ewentualne opusty oraz pozostałe czynniki cenotwórcze. Wykonawca nie jest uprawniony do żądania jakiegokolwiek dodatkowej płatności od Zamawiającego również z tytułu sporządzenia Protokołu inwentaryzacyjnego, o którym mowa w § 10 ust. 6.

{W odwołaniu zamieszczono tabelę zawierającą zestawienie cen 8 złożonych ofert, wyliczenie średniej arytmetycznej z tych cen, wartość zamówienia brutto oraz wyliczenie, w jakim stosunku do nich pozostają ceny poszczególnych ofert.}

Powyższe zestawienie wskazuje, że cena oferty Anpolu jest niższa ponad 30% od wartości zamówienia i ponad 13% od średniej arytmetycznej cen ofert, co uzasadniało wezwanie Anpolu do wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty.

Zamawiający 7.10.2020 r. wezwał Anpol do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp. Zamawiający wskazał w szczególności, że cena ta budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymagał w szczególności podania następujących informacji:

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Państwa cena musi dotyczyć pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, wyjaśnieniach treści SIWZ jeśli miały miejsce, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie umowy.

Zamawiający wymaga, aby złożone wyjaśnienia obejmowały co najmniej /nie jest to katalog zamknięty/:

1. Sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy, wymienione zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszego pisma;
2. Wyjaśnienia Wykonawcy (wraz z dowodami) powinny w szczególności dotyczyć wysokości cen materiałów, sprzętu, robocizny oraz wartość narzutów, w tym kosztów pośrednich.
3. Przedstawienie ofert cenowych materiałów przewidzianych do budowy inwestycji umożliwiających weryfikację zgodności z dokumentacją projektową i wymaganiami Zamawiającego.
4. Wskazanie przyjętych założeń ujętych w złożonej ofercie umożliwiających weryfikację przyjętych technologii wykonania inwestycji z założeniami zawartymi w dokumentacji.
5. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny zawierać wykaz załączanych dowodów.

W wyjaśnieniu Wykonawca powinien przedstawić wraz z dowodami wszelkie obiektywne, merytoryczne czynniki wpływające na wartość oferty.

Dodatkowo w odniesieniu do kosztów pracy Zamawiający dodał:

Zamawiający wskazuje, że koszty pracy to suma wynagrodzeń (brutto) i pozostałych wydatków, w tym także m. in. składek na: ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez pracodawcę w celu pozyskania, utrzymania, przekwalifikowania i doskonalenia kadr, dodatki oraz nagrody i premie. Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie mogą być niższe 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 2018 r. poz. 2177).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ustawa pzp zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną: pierwszy z nich, tj. przepis art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie, tj. wystąpienie rażąco niskiej ceny, drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez Zamawiającego. W przepisie art. 90 ust 3 ustawy Pzp wskazano bowiem, że 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. Podkreślić w tym miejscu należy; iż w świetle licznego orzecznictwa KIO nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w przepisie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, jest nie tylko brak reakcji Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, ale też co prawda

przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia”, lecz nie zawierającego żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści”) wraz z dowodami – przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez Zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust 2 ustawy Pzp.

Ponadto mając na względzie fakt, że wycena ofertowa miała charakter ryczałtowy i Zamawiający nie posiadał w ofercie wykonawców kosztorysów, stąd wymagał złożenia wraz z wyjaśnieniami dodatkowo wypełnionej tabeli pn. „Wzór Kalkulacji”, zastrzegając, że *Tabela przedstawia minimalne rozbieżności i jest uogólnionym określeniem zakresu prac, które może zostać przez poszczególnych wykonawców opisane bardziej szczegółowo i rozszerzone.* Także sama tabela zawiera precyzyjne oczekiwanie Zamawiającego, aby przedstawiając kalkulację, wykonawca odnosił się każdorazowo do konkretnych dowodów i wyjaśnień, jakie składa Zamawiającemu – wg instrukcji należało podać konkretnie: *Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę wraz z dowodami, (określić, wskazać gdzie się znajdują, np. który załącznik, strona lub inne jednoznaczne określenie do dowodu lub jego części).*

Anpol w wyjaśnieniach odnośnie kosztów pracy:

- oświadczył, że w jego ocenie decydujące znaczenie ma kwestia zatrudnienia podwykonawców;
- pracownicy zatrudnieni w jego firmie otrzymują wynagrodzenie ustalone na poziomie najniższego wynagrodzenia krajowego, na dowód czego załącza kopie informacji dla osób ubezpieczonych w ZUS (załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny);
- w kosztorysach przyjął stawkę 23,10 zł/godz.
- wskazał, że: *Przedsiębiorstwo jest zarejestrowane w województwie podkarpackim – posiadamy własną bazę sprzętową i socjalną wraz z miejscami noclegowymi dla pracowników w województwie mazowieckim w miejscowości Stara Iwiczna – co ogranicza koszty prowadzonej działalności i koszty utrzymania pracowników; na potwierdzenie czego załączam kopię Wypisu z Rejestru Gruntów i Kartoteki Budynków.*

Anpol złożył również szczegółowe kosztorysy opracowane wg tych samych KNR-ów, które zastosował Zamawiający w przedmiarach.

Odnosnie kosztów pracy sprzętu Anpol:

- złożył wykaz środków trwałych i wskazał, które pozycje wykazu zamierza przeznaczyć do wykonania przedmiotu zamówienia;
- oświadczył, że: *...pozwala nam obniżyć koszty dotyczące zakresu wykorzystania sprzętu w taki sposób; iż obciążają nas jedynie koszty związane z zaangażowaniem obsługi do każdego z nich, amortyzacji i ewentualnie paliwa niezbędnego do pracy niektórych sprzętów. Koszty wynajmu sprzętu jak chociażby np. koparki (wg cen rynkowych ok 100zł/h) w tej sytuacji nas nie dotyczą. W mojej ocenie powyższe pozwala na wygenerowanie dużych oszczędności w wykonaniu przedmiotu zamówienia.*

Odnosnie kosztów materiałów Anpol:

- zapewnił o posiadaniu rabatów handlowych na poziomie do 40-50% od cen katalogowych, co bezpośrednio przekłada się na wysokość cen jednostkowych;
- załączył oferty na materiały (załączniki 8.-11. do wyjaśnień).

W ocenie Odwołującego złożone przez Anpol wyjaśnienia, jako lakoniczne i ograniczające się do podania ogólnych kosztów, nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, a wręcz potwierdzają, że wycena w ofercie Anpolu ma zaniżony, nierealny i nierynkowy charakter.

Zdaniem Odwołującego Anpol nie uwzględnił tego, że faktycznie całość robót będzie realizowana w 2021 r., w terminie 24 tygodni od daty przekazania terenu budowy. Tymczasem w 2021 r. minimalne wynagrodzenie zasadnicze wyniesie 2800 zł (wzrost o 200 zł w porównaniu z 2020 r.), a minimalna stawka godzinowa wzrośnie do 18,30 zł.

Przy czym po uwzględnieniu kosztów pracodawcy stawka ta powinna wynosić co najmniej 23,43 zł {w odwołaniu zamieszczono sposób wyliczenia stawki} (w 2020 r. – 21,65 zł).

Ponadto według Odwołującego do tych kosztów pracy należy doliczyć koszt delegacji (pracownikom zapewniono miejsca noclegowe, firma zarejestrowana w woj. podkarpackim), która wynosi 30 zł/dzień. Zatem minimalna stawka wyniesie w przypadku pracowników Anpolu 27,18 zł/godz. (21 dni x 30 zł = 630 zł, 630 zł / 168 godz. = 3,75 zł/godz.).

Odwołujący dodał, że argumentacja wyjaśnień odnośnie kosztów zakwaterowania personelu całkowicie pomija koszty transportu personelu na plac budowy, w tym przypadku na odległość 69,4 km, którą trzeba wszyscy pracownicy muszą pokonać dwukrotnie w ciągu jednego dnia, co daje 138,8 km.

Odwołujący wyliczył, że takie dojazdy generują samych kosztów paliwa w okresie 24 tygodni (120 dni roboczych) 9,5 tys. zł (2 busy o średnim spalaniu 8l/km to 22,21 litrów na dzień, co przy cenie hurtowej paliwa 3,5 zł/litr, daje 77,73 zł/dzień pracy), nie mówiąc o kosztach utrzymania pojazdów: ubezpieczenia, niezbędnej obsługi warsztatowej, części zamiennych i innych związanych z amortyzacją pojazdów własnych lub wynajmem busów pracowniczych.

Według Odwołującego zupełnie pominięte zostały również niemałe koszty utrzymania tego budynku – mediów (woda, prąd, gaz, kanalizacja), podatków i innych opłat, obsługi (administracja, sprząatanie, pranie pościeli) i związane z wynajmem lokali.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił na podstawie analizy kosztorysów Anpolu w zakresie faktycznie przyjętych nakładów, że w sumie zaniżenie kosztów nakładów robocizny oraz materiałów w stosunku do tych, które powinny zostać wyliczone wg podanych w przedmiarach KNR-ów wynosi ponad 245.792 zł, co oznacza, że zamiast prawidłowo wycenić na 2.567.740,04 zł zaniżono wycenę do 2.321.947,56 zł.

Odwołujący sprecyzował, że w poniżej wyszczególnionych pozycjach kosztorysu robót budowlanych zaniżenie ich wartości wynikało z następujących zmniejszeń nakładów robocizny (z wyj. pkt 4., gdzie chodzi o robociznę i materiały, i pkt 7., gdzie chodzi o materiały):

- 1)poz. 1. – zamiast 4,3739 wstawiono 1,91, stąd zamiast 15.405,04 zł jest 8.745,87 zł;
- 2)poz. 2. – zamiast 5,4435 wstawiono 1,91, stąd zamiast 23.320,35 zł jest 10.117,23 zł;
- 3)poz. 9. – zamiast 1,3 wstawiono 0,8, stąd zamiast 5.841,20 zł jest 5.841,20 zł;
- 4)poz. 18. zamiast 0,199 wstawiono 0,1 (r-g/1m²) oraz zamiast 0,0189 wstawiono 0,011118 (m³/m²); stąd zamiast 56.519,79 zł jest 39.772,38 zł;
- 5)poz. 21. – zamiast 0,98 wstawiono 0,5, stąd zamiast 11.037,68 zł jest 8745,87 zł;
- 6)poz. 22. – zamiast 0,69 wstawiono 0,5, stąd zamiast 7.770,17 zł jest 5.630,29 zł;
- 7)poz. 24. – zamiast 1,9 wstawiono 1,5 (kg/m²), stąd zamiast 7.843,60 zł jest 7.096,21 zł;
- 8)poz. 25. – zamiast 0,16 wstawiono 0,08 (r-g/dm³) oraz zamiast 2,06 wstawiono 2,0 (kg/dm³), stąd zamiast 72.955,17

zł jest 53.864,10 zł;

9)poz. 30. – zamiast 1,3 jest 0,8, stąd zamiast 4.522,23 zł jest 2.783,16 zł;

10)poz. 92. – zamiast 0,16 wstawiono 0,08 (r-g/dm^3) oraz zamiast 2,06 wstawiono 2,0 (kg/dm^3), stąd zamiast 74.562,33 zł jest 48.135,85 zł.

Odwolujący sprecyzował również, że w poz. 15. nastąpiło zaniżenie liczby elektrod do spawania – zamiast 0,097 spoiny jest 0,060625 (dla 100 szt. elektrod na 1 m spoiny), stąd zamiast 22.039,32 jest 21.680,43 zł.

Dodatkowo w tej poz. jest błąd przy przeliczeniu ilości z kg (według nakładu oryginalnego) na 100 szt, gdyż zgodnie z masami jednostkowymi stosowanymi do przeliczenia jednostek masa 100 szt. elektrod śr. 5,00 mm wynosi 10 kg, co daje: nakład wg. KNR 4-01 1304 -04 elektrody stalowe do spawania stali węglowych i niskostopowych śr. 2.5-6 mm 0,97 kg/m spoiny, Anpol przyjął elektrody śr. 5 mm, czyli przelicznik kształtuje się następująco $0,97 \text{ kg/ m spoiny} / (10 [\text{kg}]/[100 \text{ szt}]) = 0,097 [100 \text{ szt.}]$

Jednocześnie ponieważ jako podstawę wyceny przyjęto bezpośrednio KNR 4-01 1304-04, nie można zmieniać nakładów (jedynie podczas wyceny dopuszczalna jest zmiana jednostek z uwagi na zastosowaną jednostkę do wyceny, jednak nie można robić dowolnie i wydawca programu Norma opublikował przeliczniki), a nie poprzez analogię lub kalkulację własną.

W zakresie kosztów sprzętu Odwołujący zarzucił, że poza {przywołanym powyżej} ogólnikowym oświadczeniem w wyjaśnieniach nie przedstawiono szczegółowych kosztów pracy poszczególnych jednostek sprzętu ani w jaki sposób ich zastosowanie pozwala faktycznie na obniżenie kosztów wykonania.

W opinii Odwołującego w tym zakresie wyjaśnienia nie wskazują ani na faktyczne koszty pracy sprzętu ani na powody obniżenia tych kosztów w wycenie.

Odnosnie załączonych ofert na materiały Odwołujący zarzucił, że:

- jedna z nich nie ma daty ich sporządzenia (załącznik nr 8);
- kilka z nich (załączniki nr 9-11) zostało wystawionych blisko miesiąc po terminie składania ofert, co wyklucza możliwość ich uwzględnienia w kalkulacji ofertowej;
- w załączniku nr 10 w poz. 9. Montaż jako opcja został wyceniony kompleksowo montaż całego ogrodzenia, wraz z przesłami ogrodzeniowymi wycenionymi na 1 grosz; ważność oferty 3 dni,
- w załączniku nr 11 – brak identyfikacji inwestycji i, jak wynika z uwag pod ofertą, składający ją nawet nie wie, co jest przedmiotem zamówienia [*Uwagi: oferta ważna 7 dni na kable rozbudowa oprogramowania (nie wiem o co chodzi)*];
- załącznik nr 13 – zgodnie z treścią dokumentu ma ona dotyczyć wyłącznie robocizny (a brak podwykonawstwa miał obniżać cenę oferty): *Oferta uwzględnia wykonanie prac w terminie 3 miesięcy. OFERTA obejmuje całość kosztów WYKONANIA TJ. SAMEJ ROBOCIZNY.*

Odwolujący podsumował, że przedstawione w wyjaśnieniach wyceny są niekompletne i nie mogą stanowić wymaganego przez Zamawiającego dowodu na rzetelną kalkulację ceny oferty Anpolu.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwolujący podał, że w SIWZ następująco określono zakres zamówienia wyłączony z podwykonawstwa:

- *Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. wskazanych w § 13 ust. 2 projektu umowy, w pozostałych częściach Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców [pkt 3.6. SIWZ];*
- Zamawiający zastrzega do osobistego wykonania przez Wykonawcę robót z branży budowlanej [§ 13 ust. 2 wzoru umowy].

Odwolujący podał, że Anpol:

- w treści oferty złożył oświadczenie o braku zamiaru powierzenia podwykonawcom;
- odnosnie pozycji tabeli – Zabezpieczenie i usunięcie drzew w ramach cięć pielęgnacyjnych wskazał w wyjaśnieniach: *Wykonawca przed złożeniem oferty zwrócił się do kilku potencjalnych wykonawców o sporządzenie oferty cenowej na podstawie przedmiaru robót w dziale pod nazwą „Zabezpieczenie i usunięcie drzew” oraz Inwentaryzacji dendrologicznej. W załączeniu przedkładał przykładową ofertę TW Projekt na wykonanie ww. orać na kwotę łączną 50 430.00 zł netto (załącznik nr 7 do pisma);*
- wskazał również w wyjaśnieniach na pozyskanie oferty od potencjalnego podwykonawcy robót elektrycznych firmy Energo-Technika L. J., co ma uwiarygodnić poziom cen w przedstawianym kosztorysie robót elektrycznych.

Odwolujący zarzucił, że tak złożone wyjaśnienia wraz z dowodami wskazują na zamiar powierzenia przez Anpol podwykonawcom robót związanych z wyciną drzew oraz robót elektrycznych, co przesądza o niezgodności oferty Anpolu z SIWZ i obliuguje Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jak wskazuje orzecznictwo Izby, zaoferowanie świadczenia z udziałem podwykonawcy w zakresie objętym wyłączeniem podwykonawstwa w trybie art. 36a pzp obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił A. P. – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” w Oleszycach {dalej również: „Przystępujący”}, który wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że z zestawienia na str. 7. odwołania wynika, że oferta Przystępującego nie odbiega znacząco od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a to ona powinna być brana pod uwagę jako obrazująca cenę rynkową, za którą niekoniecznie nadaje wartość szacunkowa. Zdaniem Zamawiającego w okresie pandemii obserwujemy spadek cen robót budowlanych, co nie zostało jeszcze uwzględnione przy szacowaniu wartości tego zamówienia.

W ocenie Zamawiającego koszty pracy zostały wskazane w wyjaśnieniach prawidłowo, a Odwołujący dolicza zbyt wiele nakładów.

Podkreślił, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia przedmiary miały charakter wyłącznie pomocniczy. Do wyjaśnień załączono kosztorysy, a zdaniem Zamawiającego wykonawca nie miał obowiązku omawiania różnic stosunku do przedmiarów.

Zdaniem Zamawiającego załączone do wyjaśnień oferty powinny być brane pod uwagę jako dowody niezależnie od tego, czy zostały sporządzone do upływu terminu składania ofert, gdyż wykonawca mógł bazować przy kalkulacji ceny oferty na ustnych ofertach, a dopiero na etapie wyjaśnień pozyskać je w formie pisemnej. Zamawiający dodał, że potraktował załączone do wyjaśnień oferty dotyczące zakresów wyłączonych z podwykonawstwa jako dowody na potwierdzenie, że wartość robót w tych zakresach została skalkulowana przez Przystępującego na poziomie rynkowym.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

Dodał, że gdyby wszyscy wykonawcy brali pod uwagę średnie wynagrodzenie i nakłady według KNR-ów, ceny oferty nie różniłyby się. W przekonaniu Przystępującego przedstawił szczegółowy kosztorys obrazujący sposób kalkulacji, a odbieganie niektórych pozycji w zakresie nakładów od KNR-ów nie oznacza, że jest ona nieprawidłowa.

Ponieważ punktem odniesienia jest wartość szacunkowa ustalona w 2020 r., również w wyjaśnieniach należało uwzględnić stawkę minimalną na ten rok. Niezależnie od tego zakwestionował adekwatność wyliczenia stawki według zestawienia z odwołania, gdyż jego zdaniem wykracza ono poza przewidziany w ustawie pzp punkt odniesienia, którym jest wynagrodzenie wynikające z przepisów dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jak wynika z omówień dostępnych na stronie internetowej GUS, w wynagrodzeniu tym uwzględnia się zarówno absencję chorobową, jak i urlopy wypoczynkowe, więc nie ma powodów, aby jeszcze raz to doliczać. Z kolei według tych omówień takie elementy, jak ekwiwalent za odzież roboczą czy delegacje nie podlegają wliczeniu do wynagrodzenia minimalnego. Zdaniem Przystępującego nie musiał w stawce wynagrodzenia wskazanych w wyjaśnieniach uwzględnić tych elementów, a mogły być one skalkulowane gdzie indziej.

Podkreślił, że na pierwszej stronie wyjaśnień kategorycznie wskazał, że w przypadku tego zamówienia nie przewiduje korzystania z podwykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile treść wezwania do złożenia wyjaśnień została niemal w całości przytoczona w odwołaniu, o tyle treść wyjaśnień złożonych przez Anpol pismem z 12 października 2020 r. została przedstawiona jedynie fragmentarycznie.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej ceny, poniżej przedstawiam dowody i wyjaśnienia na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska i obejmuje wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, OPZ oraz projekcie umowy.

I. Wyjaśnienia ogólne.

1. Koszty pracy – Zdecydowaną większość przedmiotu zamówienia zamierzamy zrealizować bez udziału podwykonawców, co w mojej ocenie znacząco wpływa na koszt realizacji zamówienia. Jak wiadomo podwykonawca świadczy usługę, z której to oczekuje osiągnąć zysk, generalny wykonawca również jest nastawiony na osiągnięcie zysku, co w zestawieniu generalny wykonawca – podwykonawca/cy podraża cenę oferty dla zamawiającego. W odniesieniu do ww. zamówienia nie została wzięta pod uwagę realizacja z udziałem podwykonawców, co tym samym stanowi obniżenie kosztów jego realizacji.

Moja firma nie posiada rozbudowanej kadry nieprodukcyjnej, a co za tym idzie nie generuje znaczących kosztów stałych. Pracownicy zatrudnieni w naszej firmie otrzymują wynagrodzenie ustalone na poziomie najniższego wynagrodzenia krajowego, na dowód czego załączam kopię Informacji dla osoby ubezpieczonej ZUS (załącznik nr 1 do niniejszego pisma, dalej „pisma”). Ponadto – pomimo iż Przedsiębiorstwo jest zarejestrowane w województwie podkarpackim – posiadamy własną bazę sprzętową i socjalną wraz z miejscami noclegowymi dla pracowników w województwie mazowieckim w miejscowości Stara Iwiczna – co ogranicza koszty prowadzonej działalności i koszty utrzymania pracowników, na potwierdzenie czego załączam kopię Wypisu z Rejestru Gruntów i Kartoteki Budynków (załącznik nr 2 do pisma).

2. Sprzęt: w załączeniu przedkładam Wykaz Środków Trwałych, stan na wrzesień 2020 r. (załącznik nr 3 do pisma).

W przypadku tego konkretnego zamówienia posiadamy przez moją firmę sprzęt w postaci:

- kompresor spalinowy XAS 88 producent ATLAS COPCO (pozycja 29 Wykazu Środków Trwałych),
- piaskarka do czyszczenia konstrukcji stalowych, (pozycja 11 Wykazu Środków Trwałych),
- agregaty malarskie (pozycje 1, 2, 3 Wykazu Środków Trwałych),
- mini koparka BOBCAT (pozycja 19 Wykazu Środków Trwałych),
- mini ładowarka BOBCAT (pozycja 21 Wykazu Środków Trwałych),
- młot pneumatyczny (pozycja 22 Wykazu Środków Trwałych),
- samochody ciężarowe (pozycje 32-36 Wykazu Środków Trwałych), w tym pojazd skrzyniowy wywrotka (pozycja 35 Wykazu Środków Trwałych),

pozwała nam obniżyć koszty dotyczące zakresu wykorzystania sprzętu w taki sposób, iż obciążają nas jedynie koszty związane z zaangażowaniem obsługi do każdego z nich, amortyzacji i ewentualnie paliwa niezbędnego do pracy niektórych sprzętów. Koszty wynajmu sprzętu jak chociażby np. koparki (wg cen rynkowych ok 100zł/h) w tej sytuacji nas nie dotyczą. W mojej ocenie powyższe pozwala na wygenerowanie dużych oszczędności w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

3. Materiały – Materiały nabywamy w większości bezpośrednio od producentów, bądź przez dystrybutorów. Ponadto wieloletnia współpraca z dostawcami pozwala nam uzyskać wysokie rabaty handlowe na poziomie do 40-50% od cen katalogowych, co bezpośrednio przekłada się na wysokość cen jednostkowych zaoferowanych przez nas materiałów.

II. Wyjaśnienia szczegółowe do zaoferowanej ceny.

Nasza cena została sporządzona w oparciu o otrzymane na etapie przetargu przedmiary robót, a także o udostępnioną

dokumentację projektową dla powyższego zadania. W załączeniu przedkładam zatem uzupełnioną „Kalkulację” przesłaną wraz z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (załącznik nr 4 do pisma), a także szczegółowe kosztorysy zawierające zestawienia materiału oraz sprzętu z tabelami elementów scalonych dla branży budowlanej (załącznik 5 do pisma) i elektrycznej (załącznik nr 6 do pisma).

Już wstępna ocena kosztorysów pozwala stwierdzić, iż przyjęte stawki roboczogodzin oraz narzuty kosztów pośrednich i zysku są stawkami średnimi dla województwa mazowieckiego według stawek SEKOCENBUD na II kwartał 2020 r. Również większość materiałów, poza materiałami kluczowym – mającymi największy udział w łącznej cenie ofertowej, zostały przyjęte na podstawie stawek SEKOCENBUD na II kwartał 2020 r.

Poniżej przedstawiamy wyjaśnienia szczegółowe dla poszczególnych zakresów robót wymienionych w otrzymanej od Państwa „Kalkulacji”.

1. Zabezpieczenie i usunięcie drzew w ramach cięć pielęgnacyjnych.

Wykonawca przed złożeniem oferty zwrócił się do kilku potencjalnych wykonawców o sporządzenie oferty cenowej na podstawie przedmiaru robót w dziale pod nazwą „Zabezpieczenie i usunięcie drzew” oraz Inwentaryzacji dendrologicznej. W załączeniu przedkładam przykładową ofertę TW Projekt na wykonanie ww. prac na kwotę łączną 50 430,00 zł netto (załącznik nr 7 do pisma). Porównując zaoferowaną cenę do przyjętej w naszym kosztorysie ofertowym kwoty 53 385,48 zł netto (bez 12% zysku od R i S) nie ma podstaw do twierdzenia, że zaproponowana przez nas cena jest rażąco niska.

2. Remont bram:

2.1. Remont bram 1, 2, 3, 4, 8 – Najistotniejszym składnikiem wpływającym na cenę w tym przypadku jest koszt dostawy bram. Koszt materiałów w postaci kompletnych bram wykonanych na podstawie rysunków zawartych w dokumentacji projektowej stanowi około 2/3 całkowitych nakładów dla tego zakresu robót. Jako załącznik nr 8 do pisma przedkładamy Ofertę dostawcy ogrodzeń prefabrykowanych firmy MetalMontaż J. K. . W pozycji nr 3 tejże oferty została zaoferowana dostawa kompletnych bram za cenę łączną 21 864,00 zł netto. Natomiast w naszym kosztorysie ofertowym przyjęte zostało 29 287,41 zł netto (pozycja 38 zestawienia materiałów do kosztorysu budowlanego). Pozostałe materiały, normy ich zużycia, a także nakłady sprzętu i roboczogodzin nie odbiegają od przyjętych w KNR. Zatem brak jest podstaw, aby ocenić ten zakres robót jako rażąco niski.

2.2. Remont bram nr 5, 6, 7, 9, 10. Dla tego zakresu prac również istotnym czynnikiem cenotwórczym są koszty materiałów. Mowa tu o przesłach ogrodzeniowych oraz ceownikach C100, które stanowią 80% łącznych kosztów materiałów. Materiały zaś stanowią około 60% wartości całego zakresu remontu bram. W posiadanej ofercie dostawcy bram (załącznik nr 8 do pisma) w pozycji 1 dostawca oferuje przesła ogrodzeniową w standardzie zgodnym z dokumentacją projektową za cenę 227,61 zł w przeliczeniu na m². W naszym kosztorysie ofertowym cena 1 m² tego przesła ogrodzeniowego została przyjęta na poziomie 245,00 zł/m². W pozycji 2 tej oferty dostawca oferuje dostawę ceownika za cenę 8,00 zł netto za 1 kg, natomiast w naszym kosztorysie jest to 15 zł za kg wraz z jego malowaniem. Pozostałe materiały, a także normy ich zużycia oraz nakłady sprzętu i roboczogodzin nie odbiegają od przyjętych w KNR. Zatem brak jest podstaw, aby ocenić również ten zakres robót jako rażąco niski.

3. Modernizacja ogrodzenia – pozostałe prace – branża budowlana.

Jak zostało nakreślone na wstępie posiadamy własną bazę sprzętową, niezbędną do realizacji tego przedmiotu zamówienia. Ponieważ jedną z prac, które należy wykonać w ramach tego zamówienia, jest czyszczenie strumieniowościerne ogrodzenia oraz jego gruntowanie i malowanie jesteśmy w stanie w pełni zaangażować wyłącznie własny sprzęt. Biorąc pod uwagę posiadaną bazę sprzętową jesteśmy w stanie ograniczyć koszty eksploatacji jedynie do obsługi tych maszyn oraz kosztów paliwa. Mowa tu o kompresorze spalinowym atlas COPCO XAS88 (pozycja 29 Wykazu Środków Trwałych) oraz o piaskarce do czyszczenia konstrukcji stalowych, (pozycja 11 Wykazu Środków Trwałych). Analogicznie wygląda sytuacja z odtłuszczeniem i malowaniem części ogrodzenia planowanego do remontu. Dysponujemy bowiem własnymi agregatami malarskimi (pozycja 1, 2, 3 Wykazu Środków Trwałych). Tym samym posiadanie własnego sprzętu pozwala nam uniknąć dodatkowych kosztów związanych z kosztem wynajmu maszyn.

W przypadku prac związanych z remontem podmurówek betonowych również atutem jest posiadanie własnego kompresora oraz młota pneumatycznego z nim współpracującego (pozycja 22 Wykazu Środków Trwałych). Posiadanie tego rodzaju sprzętu we własnej bazie pozwala na prowadzenie prac rozbiórkowych w terenie szybko, bez konieczności dostępu do energii elektrycznej, co w przypadku prac na otwartym terenie jest czynnikiem dość istotnym. Ponadto w odniesieniu do remontu części betonowych ogrodzenia dysponujemy korzystnymi cenami materiałów firmy CERESIT – oferta handlowa firmy ESPOLBUD wraz z kartami technicznymi przyjętych do kalkulacji materiałów (załącznik nr 9 do pisma), co pozwala nam na zaoferowanie konkurencyjnej ceny jednostkowej w naszym kosztorysie. Przykładowo pozycja 23 zestawienia materiałów kosztorysu budowlanego – zaprawa PCC CERESIT CD25 – w naszym kosztorysie ofertowym została przyjęta w kwocie 3,30 zł netto za 1 kg, natomiast kwota zaoferowana przez ESPOLBUD to 2,96 zł netto za 1 kg. Ponadto należy zauważyć, iż przyjęte w naszym kosztorysie ofertowym zużycie tego materiału jest zgodne ze zużyciem określonym przez producenta (2kg/dm³). Chciałbym zwrócić uwagę, iż łączny udział procentowy tego materiału w odniesieniu do całej kwoty kosztorysu budowlanego wynosi około 10 %. W związku z tym posiadanie konkurencyjnej ceny tego materiału ma istotny wpływ na kształt całej kwoty kosztorysu.

W odniesieniu do pozostałych materiałów z oferty firmy ESPOLBUD (powłoka antykorozyjna i warstwa kontaktowa CERESIT CD30 oraz szpachlówka CERESIT CD24) – ich zużycie oraz cena jednostkowa w zestawieniu z cenami przyjętymi w naszym kosztorysie nie pozwalają na twierdzenie jakoby były rażąco niskie.

Najistotniejszym czynnikiem cenotwórczym jest dostawa nowych przesłach ogrodzeniowych. Jak zostało wspomniane wyżej przyjęta jako podstawa naszej wyceny oferta Metal-Montaż (załącznik nr 8 do pisma) zakłada dostarczenie nam przesłach ogrodzeniowych zgodnych z opisem i częścią rysunkową dokumentacji projektowej za cenę w przeliczeniu na m² na poziomie 227,61 zł (956,00 zł netto/szt. o wymiarach ok. 1500x2800). W naszej ofercie zaś zostały one przyjęte na poziomie 245,00 zł/m².

W przypadku dostawy zasieków z drutu kolczastego typu CONCERTINA przedstawiamy ofertę handlową firmy GC Meta (załącznik nr 10 do pisma). Wynika z niej, iż koszt dostawy tego materiału zgodnie z przyjętym w dokumentacji projektowej założeniem (9 drutów ostrzowych prostych + drut ostrzowy typu CONCERTINA o średnicy zwoju 35 cm), w przeliczeniu na metr bieżący to około 13 zł netto z dostawą do Warszawy. W naszym kosztorysie ofertowym w przeliczeniu na metr bieżący to 17 zł netto. Pozostałe ceny materiałów zostały oszacowane na podstawie SEKOCENBUD II kwartał 2020 r. Normy ich zużycia oraz nakłady sprzętu i roboczogodzin nie odbiegają od przyjętych w KNR. Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw, aby ocenić, iż zakres robót pod nazwą „Modernizacja ogrodzenia – pozostałe prace – branża budowlana” jest rażąco niski.

4. Branża elektryczna.

Nieodzownym w tym zakresie jest oczywiście praca sprzętu, który posiadamy we własnej bazie. Są to minikoparka

BOBCAT (pozycja 19 Wykazu Środków Trwałych), mini ładowarka BOBCAT (pozycja 21 Wykazu Środków Trwałych). Wymienione maszyny byłyby wykorzystane w odniesieniu do prac związanych z układaniem nowych kabli zasilających oraz zasypywaniem rowów dla kabli. Ma to bardzo duży wpływ na ograniczenie kosztów sprzętu przy wykonywaniu powyższych prac.. Ponadto posiadana baza pojazdów ciężarowych figurująca w Wykazie Środków Trwałych zwłaszcza pojazd skrzyniowy z funkcją wywrotki RENAULT MASTER 99WF (pozycja 35 Wykazu Środków Trwałych) pozwala na szybkie poruszanie się po terenie zakładu, przewóz kabli, dowóz i wywóz ziemi, piasku itp. co przyczyni się do obniżenia kosztów realizacji całego zamówienia.

4.1. Kable, przewody, osprzęt – wartość tych prac oszacowana w naszym kosztorysie ofertowym to około 350 000,00 zł netto, z czego około 40% stanowi koszt materiałów w postaci kabli ziemnych. W załączeniu przedkładam ofertę dostawcy firmy SEA (załącznik nr 11 do pisma). W pozycjach np. nr 11, 12, 13 zostały zaoferowane ceny na poziomie 12,05 zł/mb kabla YKY 4x10 0,6/1kV, 22,00 zł/mb netto za kable YKY 5x16, oraz 49,25 zł/mb netto za kabel YKY 5x35. W naszym kosztorysie ofertowym branży elektrycznej ceny jednostkowe tych kabli zostały ustalone na poziomie odpowiednio: 16,50 zł/mb netto, 28,60 zł/mb netto, 64,90 zł/mb netto. W tym miejscu warto nadmienić, iż materiały te (kable) w strukturze kosztów dla całego kosztorysu elektrycznego stanowią około 18%.

W przypadku dostawy kompletnych słupów oświetleniowych wraz z oprawami, wysięgnikami oraz pozostałym niezbędnym wyposażeniem określonym w dokumentacji projektowej dla branży elektrycznej wartość całego tego materiału w naszym kosztorysie ofertowym to około 276 560,56 zł netto (poz. 18, 21, 22, 28, 29, Zestawienia materiałów kosztorysu elektrycznego). W porównaniu z ofertą firmy SEA (załącznik nr 12 do pisma) na dostawę ww. materiałów, która opiewa na kwotę 254 147,97 netto, stwierdzić należy, iż cena tych materiałów ujęta w naszym kosztorysie jest jak najbardziej realna.

Ceny jednostkowe pozostałych materiałów zostały oszacowane na poziomie otrzymanej od SEA oferty (załącznik nr 11 do pisma), bądź cen średnich SEKOCENBUD II kwartał 2020 r. Biorąc powyższe argumenty pod uwagę w naszej ocenie brak jest podstaw, by określić ten zakres prac jako rażąco niski.

4.2. Rozdzielnice – w załączeniu przedkładam ofertę na dostawę trzech szt. kompletnych prefabrykowanych rozdzielnic elektrycznych, (załącznik nr 11 do pisma, poz. Nr 26 oferty SEA). Dla porównania nasza cena łączna przyjęta dla trzech sztuk rozdzielnic to 16 382,88 zł netto. W ofercie firmy SEA jest to kwota rzędu 9 984,00 zł netto. Ceny jednostkowe pozostałych materiałów zostały oszacowane na poziomie otrzymanej od SEA oferty (załącznik nr 11 do pisma), bądź cen średnich SEKOCENBUD II kwartał 2020 r. Normy robocizgodzin, nakłady sprzętu oraz ich wartości zostały przyjęte na podstawie KNR, a ich średnie ceny jednostkowe również zostały oszacowane na podstawie SEKOCENBUD II kwartał.

4.3. Pozostałe prace. Ich wartość jest marginalna do całości prac związanych z wykonaniem części zamówienia dotyczącego branży elektrycznej.

Dodatkowo nadmieniamy, iż w ramach rozeznania rynku zwróciliśmy się do potencjalnych podwykonawców z prośbą o sporządzenie oferty na realizację całości prac elektrycznych przy wykorzystaniu naszych materiałów. Otrzymaliśmy ofertę od firmy Energo-Technika L. J. na kwotę netto 180 000,00 zł (załącznik nr 13 do pisma). Porównując tę kwotę do przyjętej w naszym kosztorysie robocizny (218 405,00 netto) stwierdzić należy, iż wartość jednostkowa robocizny dla całej branży elektrycznej nie jest zaniżona.

5. Roboty tymczasowe i towarzyszące. Oszacowane zostały one na poziomie netto 60 000,00 zł. Jest to kwota w zupełności pokrywająca koszty związane z uzyskaniem gwarancji należytego wykonania prac (ok. 0.5% wartości kontraktu), ubezpieczeń (ok. 7000zł) itp. Moja firma posiada własne kontenery socjalno-magazynowe (pozycja 13 i 14 Wykazu Środków Trwałych) w związku z czym koszty związane z organizacją zaplecza budowy są ograniczone jedynie do transportu tych kontenerów do Wieliszewa.

Rozpatrując zakładany poziom zysku na poziomie 152 078,77zł warto wspomnieć, że został on wyliczony jedynie od R i S. Dodatkowo, wymiernym zyskiem będzie różnica pomiędzy cenami zakupu materiałów a przyjętymi w kosztorysach ofertowych co zostało wykazane w treści pisma.

Biorąc przytoczone powyżej argumenty pod uwagę stwierdzam, że zaoferowana przeze mnie w ww postępowaniu cena łączna nie jest w żadnym stopniu rażąco niska, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i w pełni pozwala zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną oraz otrzymaną dokumentacją projektową i STWiORB.

Izba stwierdziła, że zakres wyjaśnień Anpolu nie tylko czyni zadość zakresowi wezwaniu, a nawet wykracza poza wymagane minimum. O ile Zamawiający wymagał przedstawienia jedynie bardzo uproszczonej kalkulacji w rozbiciu na 6 elementów (w tym 5 dotyczących kosztów realizacji poszczególnych zakresów prac), o tyle Anpol w ramach wyjaśnień złożył również kalkulację szczegółową opartą na przedmiarach załączonych do s.i.w.z. w zakresie robót budowlanych i elektrycznych.

Zwrócić przy tym należy uwagę, że zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w s.i.w.z. przedmiary miały jedynie pomocniczy charakter, w przeciwieństwie do projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót {dalej: „STWiORB”}.

Nie ma zatem podstaw, aby z rozbieżności nakładów przewidzianych przez Anpol w stosunku do wynikających z KNR-ów wyciągać tak dalece idące wnioski, jak chciałby Odwołujący. Co najwyżej mogłoby to być podstawą faktyczną do wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia, gdyby wzbudziło jego wątpliwości, czy takie obniżenie nakładów rzeczowych czy materiałowych zagrażało wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB.

Odwołujący, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 2 pzp spoczywał ciężar udowodnienia w tym zakresie, nie tylko nie wykazał, że obiektywnie rzecz biorąc Zamawiający powziął takie wątpliwości, ale nie sprecyzował nawet w tym kierunku zarzutu, poprzestając na domaganiu się uznania niejako automatycznie wyjaśnień za nierzetelne i niewiarygodne z racji samego faktu występowania tych rozbieżności. Na podstawie trzech wnioskowanych przez Odwołującego na rozprawie dowodów dotyczących zaledwie trzech pozycji z kosztorysów Anpolu nie sposób wywieść wniosku, że obiektywnie niemożliwe jest, aby wykonać przy mniejszym nakładzie robocizny niż wskazany w KNR-ach czy mniejszym zużyciu materiału niż zalecane przez jego producenta nie jest możliwe należyte wykonanie danych prac.

W odniesieniu do KNR-ów, które nie mają wiążącego charakteru, okolicznością notoryjną jest, że nierzadko, szczególnie w zakresie nakładów robocizny i sprzętu, są one nieaktualne w tym sensie, że z uwagi na postęp w wydajności i organizacji pracy oraz postęp techniczny, dane prace można współcześnie wykonać efektywniej przy pomocy mniejszej liczby osób i szybciej dzięki nowocześniejszemu sprzętowi.

Z tego względu nie przedstawia większej wartości dowodowej złożone na rozprawie drobiazgowo porównanie kalkulacji Anpolu do nakładów wg KNR i producenta technologii Ceresit, abstrahując nawet od okoliczności, że wykracza ono poza zakres niezgodności podniesionych w odwołaniu.

W odniesieniu do kosztów pracy Anpol nie tyle powołał się na to, że zatrudnia pracowników za minimalnym

wynagrodzeniem wynikającym z powszechnie obowiązujących przepisów, ale to udowodnił za pomocą stosownych dokumentów z ZUS-u (załącznik nr 1 do wyjaśnień), co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego. Natomiast nie ma większego znaczenia, że w ramach kalkulacji wykazano stawkę godzinową 23,10 zł, czyli niższą o 33 gr od wskazywanej przez Odwołującego jako właściwa w 2021 r., gdyż jest to znikoma różnica.

Przed wszystkim stawka ta jest wyższa niż obowiązująca w 2021 r. według przepisów minimalna stawka godzinowa, która wynosi stawka 18,30 zł..

Nie ma ani podstaw prawnych, ani faktycznych dla uznania za adekwatny punkt odniesienia dla oceny stosowania się przez Anpol do przepisów o minimalnym wynagrodzeniu o pracę „Wylczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych (...) w Polsce w 2021 r.” na 23,43 zł, gdyż jest to jedynie stawka rekomendowana przez niektóre organizacje pracodawców, związki zawodowe i tzw. organizacje wspierające.

Z kolei nawet w tym wylczeniu nie przewiduje się wliczania do stawki godzinowej kosztów delegacji, jak chciałby Odwołujący.

Co istotniejsze koszty delegacji i pozostałe koszty zaliczone w odwołaniu do kosztów pracowniczych opiewają na kwotę, która jest znikoma nie tylko w stosunku do ceny oferty, ale nieznaczna w zestawieniu do skalkulowanego przez Anpol zysku.

Odnosnie kosztów użycia sprzętu Odwołujący pomija okoliczność, że oprócz przedstawienia wykazu sprzętu (załącznik nr 3 do wyjaśnień) koszt użycia tego sprzętu w dwóch zasadniczych branżach wynika z kosztorysów.

Wbrew subiektywnemu pogładowi Odwołującego nie uchylają wartości dowodowej załączonych do wyjaśnień ofert (załączniki nr 7-13) takie okoliczności, jak brak daty, upływ terminu związania ofertą czy użycie niefortunnego sformułowania. Natomiast okoliczność, że niektóre z ofert zostały opatrzone datą po wezwaniu do wyjaśnień, może wręcz wskazywać na to, że prezentują bardziej aktualny stan rzeczy niż na chwilę sporządzania oferty.

Natomiast zarzut co do nierealnego poziomu cen wynikających z tych ofert odwołanie nie zawiera.

Reasumując, wyjaśnienia złożone przez Anpol obejmują wystraszająco szczegółową kalkulację kosztów, których wysokość nie jest niewiarygodna lub wręcz poparta załączonymi do tych wyjaśnień dowodami.

Niezależenie od tego okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazują na to, że cena oferty Anpolu nie pozwala wykonać tego zamówienia bez ponoszenia strat, a tym samym nie znajduje oparcia faktycznego zarzut, że jest ona zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia

W tych okolicznościach zarzut odwołania jest niezasadny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący niezasadnie domaga się odrzucenia oferty Anpolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, gdyż nie wykazał, że Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 3 przez Anpol wyjaśnienia jako potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest

to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Anpolu odbiegała jedynie od ustalonej przez Zamawiającego ubruttowionej wartości zamówienia o nieco więcej niż wynikająca z przywołanego powyżej przepisu granica 30%, natomiast już znacznie mniej (około 13%) od średniej cen wszystkich ośmiu złożonych ofert, co wydaje się być wystarczającą liczbą dla uznania, jak rynek wykonawców wycenia realizację tego zamówienia.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp. Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wprawdzie zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Reasumując, Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach nie budzi zasadniczych zastrzeżeń prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych mu przez Anpol wyjaśnień, gdyż nawet w świetle okoliczności podniesionych w odwołaniu nie ma podstaw do uznania, że Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że w okolicznościach tej sprawy, gdyby u Zamawiającego złożone przez Anpol wyjaśnienia zrodziły wątpliwości takie jak u Odwołującego, byłby uprawniony do wezwania Anpolu do ich wyjaśnienia. Przepisy ustawy pzp – w tym art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 3 pzp rozpatrywanych w kontekście wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie stałyby temu na przeszkodzie. Przy stosowaniu art. 90 ust. 3 pzp należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z art. 69

ust. 3 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”} – czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze musi ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” wskazuje bowiem nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (np. zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r.) oraz wyroki sądów okręgowych (np. Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również oczywiście kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości (np. wyrok z 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 oraz wyrok z 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, które nie obejmuje zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień odnośnie wątpliwości, które mogły się zrodzić złożone przez Anpol wyjaśnienia, odwołanie tym bardziej należy uznać za bezzasadne.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z oferty jednoznacznie wynika, że Anpol nie przewiduje wykonania tego zamówienia z udziałem podwykonawców, a złożone wyjaśnienia i załączone do nich dowody nie podważają wiarygodności tego oświadczenia.

Zarzut postawiony w odwołaniu opiera się na zupełnie dowolnej interpretacji fragmentów wyjaśnień dotyczących powołania się na oferty podwykonawców w zakresie zamówienia zastrzeżonym do osobistego wykonania przez wykonawcę, które zostały wyrwane z kontekstu. Oferty te służyły wyłącznie dodatkowemu uwiarygodnieniu, że wycena wykonania tego zakresu zamówienia przez Anpol nie odbiega od realiów rynkowych.

W tych okolicznościach zarzut odwołania jest oczywiście niezasadny.

Skoro ani z oferty Anpolu, ani ze złożonych przez niego wyjaśnień nie wynika wola powierzenia podwykonawcy jakiegokolwiek zakresu zamówienia, bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a pzp.

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on również bezzasadny.

Niezależnie od tego odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą Zamawiającego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając nimi Odwołującego.