

WYROK

z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2020 r. przez **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Oława w Oławie**

przy udziale wykonawcy **A. F.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu - **Gminie Oława w Oławie** - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne wezwanie wykonawcy A. F. do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Oława w Oławie** i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Gminy Oława w Oławie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Wrocławiu**.

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Oława w Oławie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa wodociągu Siedlec-Stanowice w gminie Oława.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 września 2020 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. w Oławie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w toku postępowania, w tym m.in.:

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - A. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: WOD-KOP A. F., ul. M. Albertów 2A, 42-165 Lipie (zwanego dalej również: „A. F.”, „WOD-KOP” lub „przystępujący”) podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - WOD-KOP ze względu na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny realizacji zamówienia,
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania

wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1.art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty WOD-KOP jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.,

2.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia oferty WOD-KOP, mimo iż przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia oraz złożone dowody są zbyt ogólne i lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone w sposób czyniący zadość obowiązki z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., a ponadto potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3.art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty WOD-KOP jako najkorzystniejszej;

2.odrzucenie oferty WOD-KOP w postępowaniu z uwagi na rażąco niską cenę na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p.;

3.dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w s.i.w.z. wymaganiami, prawidłowe dokonanie oceny oferty WOD-KOP przez zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem jego oferty, co umożliwi dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów oraz została sklasyfikowana na drugim miejscu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p., przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że dnia 17 sierpnia 2020 r. zgodnie z dyspozycją art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert w postępowaniu. Z powyższej informacji wynikało, że zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2.525.364,00 zł brutto. Ponadto, zgodnie z powyższą informacją w postępowaniu zostało złożone 12 ofert, w tym oferta WOD-KOP na kwotę 1.317.703,76 zł brutto oraz oferta odwołującego 1.339.478,16 zł brutto. Obu ww. wykonawców zaoferowało taki sam okres gwarancji.

Odwołujący wskazał, że wezwaniem z dnia 20 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający zobowiązał WOD-KOP do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty ww. wykonawcy oraz złożenia dowodów dotyczących ceny i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Z okoliczności sprawy wynika bowiem, że cena realizacji zamówienia, podana w punkcie Formularzu ofertowym WOD-KOP jest ceną o 47,82% niższą od środków przeznaczonych na realizację zamówienia. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, WOD-KOP przedstawiła bardzo ogólne i lakoniczne wyjaśnienia z dnia 27 sierpnia 2020 r., w których minimalizację kosztów realizacji zamówienia uzasadniła ogólną sytuacją na rynku zamówień publicznych, małą liczbą przetargów w branży sanitarnej i brakiem wygranych w przetargach, pomimo stosowania cen na podobnym i niższym poziomie z rezultatem w połowie lub na końcu stawki.

Odwołujący wskazał, że powyższe wezwanie, w połączeniu z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. oznacza, że wezwany

wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną przez niego cenę. Wskazał, że zastosowanie procedury z art. 90 ustawy P.z.p., tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Na skutek powyższego domniemania WOD-KOP wezwany do złożenia wyjaśnień, jeżeli chce je obalić, musi udowodnić, iż zaoferowana przez niego cena, nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 sierpnia 2020 r. WOD- KOP złożył bardzo ogólne wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej (w dużej mierze opierające się na ogólnych twierdzeniach dotyczących badania ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), oraz przedłożył referencje wystawione w innych postępowaniach, jak również zestawienie materiałów o wątpliwej autentyczności oraz przydatności co do sposobu kształtowania ceny i wpływu na jej obliczenie, co miało w ocenie WOD-KOP wykazywać rzekomą prawidłowość ceny. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia WOD-KOP są niewystarczające.

Odwołujący zauważył, że WOD-KOP nie przedłożył dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność jego wyliczeń oraz wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca, prowadząc roboty budowlane związane z budową kanalizacji, jest zobowiązany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa do utylizacji odpadów wytworzonych w związku z realizacją ww. zamówienia. Z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że WOD-KOP nie jest wpisany na listę podmiotów uprawnionych do samodzielnej utylizacji odpadów, zatem w przedmiotowym postępowaniu powinien posłużyć się podwykonawcą, który będzie utylizował odpady w ramach realizacji przedmiotowych robót budowlanych. Tymczasem WOD-KOP w ramach swojej oferty nie wskazał takiego podwykonawcy ani nie zasygnalizował, że będzie w powyższym zakresie korzystał z podwykonawcy. W związku z powyższym, przy ustalaniu ceny całkowitej realizacji zamówienia WOD-KOP całkowicie pominął koszty związane z utylizacją odpadów i w ogóle nie uwzględnił powyższej kwestii w wyliczeniach swojej ceny. Tymczasem, jak wynika wprost z art. 90 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., ww. wykonawca był zobowiązany udzielić wyjaśnień ceny, w tym składając dowody dotyczące wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wynikającym m.in. z przepisów prawa ochrony środowiska (w której to kategorii mieści się również utylizacja odpadów). Uwzględnienie powyższych kosztów w wycenie wynikało równolegle z treści Rozdziału XVII SIWZ. Zaniechawszy wyjaśnień i dowodów (w tym wskazania podwykonawcy) w zakresie kosztów utylizacji odpadów, zamawiający nie uczynił zadość wezwaniu z dnia 20 sierpnia 2020 r., co w konsekwencji należy uwzględnić wobec braku obalenia przez WOD-KOP domniemania, iż jego oferta nie jest rażąco niska.

Odwołujący zauważył, że w treści swoich wyjaśnień z dnia 27 sierpnia 2020 r. WOD- KOP wskazał, że zaproponowana w ofercie cena zawiera wszystkie koszty potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z s.i.w.z. i załącznikami do niej, tj.: dokumentacją techniczną, specyfikacjami technicznymi, oraz ze sztuką budowlaną metodą przewiertu sterowanego. W powyższym zakresie wykonawca nie przedstawia jednak jak kształtują się ceny realizacji poszczególnych czynności składających się zgodnie z dokumentacją postępowania na realizacji przedmiotowego zamówienia. WOD-KOP zatem w żaden sposób nie udowadnia, w jaki sposób doszło do podziału ceny poszczególnych etapów realizacji, i czy będą one wykonywane po cenach rynkowych.

WOD-KOP nie wyjaśnia również w jakikolwiek sposób wpływu powoływanych okoliczności na sposób kształtowania ceny.

Odwołujący stwierdził, że WOD-KOP powołuje się na szerokie doświadczenie przy realizacji podobnych zadań, jak również na orzecznictwo sądów powszechnych, z których wynika, że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Tymczasem w swoich wyjaśnieniach i przedstawionych dowodach ww. wykonawca w żaden sposób nie udowadnia, że cena jego oferty jest ceną rynkową, ponieważ nie podaje nawet potencjalnej kwoty zysku, jaką uzyska w ramach realizacji zamówienia. Wykazanie zysku ma kluczowe znaczenie dla udowodnienia, że realizacji zamówienia będzie dla wykonawcy opłacalna i nie została ustalona poniżej kosztów.

Odwołujący stwierdził, że w kolejnym fragmencie wyjaśnień z dnia 27 sierpnia 2020 r. WOD-KOP dochodzi do

błędnych wniosków, iż: „Biorąc pod uwagę, iż firma wykonawcy zawsze należycie i w terminie realizowała swoje zadania, działa na rynku 13 lat i posiada same pozytywne referencje, należy więc uznać, iż jest firmą wiarygodną i solidną. Sam fakt, iż cena oferty jest niższa od drugiej najniższej oferty o jedynie o 0,84% wartości kosztorysu inwestorskiego a od kolejnej o 1,48% potwierdza jedynie, że oferenci świadomie kalkulują na niskim poziomie cenowym swoje oferty ze względu na aktualną sytuację rynkową, małą ilość zamówień publicznych i znikomą szansę pozyskania robót, i reasumując nie może stanowić podstawy do automatycznego uznawania danej ceny jako rażąco niskiej i jej odrzucenia”. Odwołujący zauważył, że - po pierwsze - fakt podnoszenia argumentów, że długoletniego doświadczenia w branży i posiadania rzekomo samych pozytywnych referencji w żadnym wypadku nie stanowi ani informacji, ani dowodu wykazującego, że cena oferty w konkretnym postępowaniu nie jest rażąco niska. Wykonawca może bowiem posłużyć się wyłącznie referencjami, które będą dla niego korzystne, bez ujawniania postępowań w których nienależycie wykonał zamówienie. Ponadto, ogólne stwierdzenie o posiadanym doświadczeniu samo w sobie nie potwierdza, że cena oferty w konkretnych postępowaniach nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił, że często spotykaną praktyką jest mocne obniżanie cen przez wykonawców w celu uzyskania jednego zamówienia (w szczególności dla podtrzymania doświadczenia przy realizacji podobnych zamówień), aby przy realizacji innych zamówień „wyrównać” zaniżony zysk. Odnosząc się do argumentu WOD-KOP odnośnie niewielkiej różnicy w porównaniu z kolejną ofertą odwołujący podkreślił, że celem wyjaśnień ceny jest rzetelne wykazanie, że cena jego oferty jest rynkowa, a nie dokonania porównania z ofertami pozostałych wykonawców w postępowaniu. Powyższe nie ma znaczenia przy udowodnieniu przez WOD-KOP, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący zauważył, że następnie WOD-KOP wskazał, że „moja firma posiada liczne i wysokie rabaty na dostarczane materiały i usługi. Dzięki własnemu zapleczu sprzętowemu mogę oferować niższe ceny. Jako wykonawca posiadam również wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, która zapewnia prawidłowe i fachowe realizowanie zadań z zakresu zamówień publicznych czego dowodem są referencje - które dołączyłem do oferty i do uzupełniam. W związku z głównym kryterium wyboru ofert tj. najniższa cena wykonawca wyceniając roboty opiera się na czynnikach obiektywnych pozwalających na najlepszą - najniższą wycenę oferty, tj.

- dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników.

- posiadanie własnego sprzętu budowlanego,

- oszczędności, które możemy wygenerować zaopatrując się u stałych i sprawdzonych dostawców i kontrahentów, z którymi współpracujemy od wielu lat, którzy zapewniają nam materiały po konkurencyjnych cenach ze specjalnymi upustami przewidzianymi indywidualnie dla nas, które to ceny zostały przedstawione przez nas w wartości złożonej przez nas oferty.

Wszystkie te czynniki pozwalają na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej przez nas cenie ofertowej.”.

Odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił na potwierdzenie powyższych twierdzeń żadnych wyliczeń czy dowodów potwierdzających posiadane rabaty na dostarczane materiały i usługi, na dysponowanie własną kadrą oraz posiadanie własnego sprzętu. W szczególności wykonawca nie przedstawił nawet przybliżonej kalkulacji kosztów robocizny ani ilości pracowników i współpracowników delegowanych do realizacji zamówienia (w szczególności osób delegowanych do pełnienia nadzoru nad wykonaniem zamówienia). W zakresie posiadania własnego sprzętu WOD-KOP nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie własności sprzętu ani jego przybliżonej ilości, jak również nie wyjaśnił, jak będą kształtować się koszty eksploatacji ww. sprzętu.

Odwołujący podniósł, że WOD-KOP przesłał w załączeniu referencje z uprzednio wykonywanych robót, co jednak nie ma żadnego wpływu na wykazanie przez tego wykonawcę, że cena jego oferty w toczącym się postępowaniu nie jest rażąco niska. Jest to o tyle istotne, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podał nawet przybliżonych cen poszczególnych elementów ceny całkowitej oferty. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie przedstawione referencje miałyby świadczyć, że cena oferty WODKOP nie jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że co prawda WOD-KOP na końcu swoich wyjaśnień przedstawił zestawienie materiałów podpisane przez przedstawiciela SANITECH P. O. (choć podpis nie potwierdza, czy dokument został podpisany przez osobę do tego umocowaną), to powyższy dokument należy uznać za nierzetelny i niepotwierdzający informacji w powołanym przez WOD-KOP zakresie. Po pierwsze, z zestawienia materiałów nie wynika, że odnosi się ono do

przedmiotowego postępowania ani nie wskazano, z kiedy pochodzi rzekoma oferta i do kogo została skierowana. Po drugie, ceny przedstawione w zestawieniu zostały dopisane ręcznie długopisem, co wobec formy skanu całych wyjaśnień poddaje pod wątpliwość, czy ceny te zostały rzeczywiście ustalone przez przedstawiciela SANITECH. Powyższe sprawia, że zestawienie materiałów nie może zostać uznane za rzetelny dowód potwierdzający rynkową wartość cen materiałów w ofercie WOD-KOP, przez co należy dojść do wniosku, że ww. wykonawca nie uczynił zadość wyjaśnieniu powyższej kwestii.

Odwolujący zauważył, że w ramach dalszych wyjaśnień WOD-KOP wskazał, że „wyliczamy roboty zgodnie ze swoją wiedzą i informacją z rynku materiałów, kalkulujemy robociznę na poziomie 12,00 zł/r-g bez narzutów czyli 19,80 zł/r-g netto z narzutami przyjętymi w kosztorysie ofertowym, Kp - 50% i Zysk-10% - tak aby nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”. Odwołujący wskazał, że również powyższe wyliczenia nie uczyniły zadość wezwaniu, ponieważ sam odniesienie się do stawek netto i brutto wynagrodzenia, bez wskazania ostatecznej ich wartości (po doliczeniu kosztów pracowniczych i zysku), a przede wszystkim liczby i wymiaru etatów, nie daje pełnego i prawidłowego obrazu przedstawionych wyliczeń. Niezależnie od powyższego, wyjaśnienia w ww. zakresie potwierdzają, że cena oferty WOD-KOP jest rażąco niska.

W ocenie odwołującego, dla oceny, że cena oferty odwołującego nie jest ceną rażąco niską, nie ma znaczenia, że WOD-KOP prowadzi równocześnie inne działalności, tj. sprzedaż hurtową materiałów i wypożyczalnię sprzętu budowlanego, ponieważ ww. wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, jaki rzekomo wpływ mogłoby mieć prowadzenie powyższych działalności na cenę oferty zaoferowanej w ramach przedmiotowego postępowania.

Odwolujący zauważył, że w konsekwencji pominięcie przez WOD-KOP obowiązków w zakresie szczegółowości opisanego okoliczności pozwalających obniżyć ceny realizacji zamówienia przez WOD-KOP i wykazania ich konkretnego wpływu na możliwość obniżenia ceny, poprzez wykazanie szczegółowych niewątpliwych kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych, prowadzi do jednego wniosku, powodującego konieczność stwierdzenia przez zamawiającego braku obalenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie WOD-KOP. W związku z powyższym, zamawiający mimo wezwania WOD-KOP do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny całkowitej jego oferty, powinien odrzucić jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę. WOD-KOP zaniechawszy odpowiedniego wyjaśnienia poszczególnych składników ceny swojej oferty jedynie potwierdził, że podana przez tego wykonawcę cena jest oderwana od cen panujących w realiach rynkowych. W związku z powyższym Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty WOD-KOP jako zawierającej rażąco niską cenę czym dopuścił się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p., mając na uwadze treść zarzutu nr 1 odwołania, odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty WOD-KOP był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy P.z.p. oraz w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesadzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością odrzucenia oferty WOD-KOP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym - z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności. Powyższy pogląd został podzielony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w wyroku z dnia 10 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1804/14): „Nie podziela się stanowiska, że porównywalność ofert, to wyłącznie możliwość oceny w kryteriach oceny ofert. Porównywalność ofert, to również stosowanie jednakowych przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert w stosunku do wszystkich wykonawców”. Ponadto, wybór oferty WOD-KOP jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „wyboru oferty najkorzystniejszej” w postępowaniu, za którą to powinna zostać uznana oferta odwołującego.

Odwolujący stwierdził, iż w wyniku zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2020 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego.

W ocenie zamawiającego odwołanie jest bezzasadne.

Zamawiający wskazał, że argumentacja odwołania koncentruje się na treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę A. F., natomiast dalsze zarzuty są bezpośrednią konsekwencją stanowiska odwołującego zawartego w tym podstawowym zarzucie. Stwierdził, że odwołujący pomija fakt, że argumenty wskazane w jego odwołaniu nie dowodzą tego, by oferta wybranego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę.

W ocenie zamawiającego, dla uznania, że cena oferty jest rażąco niska, nie są wystarczające wątpliwości odwołującego. Dla przyjęcia takiego wniosku niezbędne jest uznanie, że wyjaśnienia wykonawcy A. F. dowodzą zastosowania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podniósł, że nie ma podstaw dla uznania, że cena tego wykonawcy jest rażąco niska. Zaznaczył, że cena tego oferenta i cena odwołującego są praktycznie tożsame co już z założenia wskazuje na konieczność zachowania bardzo dużej ostrożności w ocenie zarzutów odwołania. Faktycznym bowiem powodem odwołania nie jest rażąco niska cena wykonawcy A. F., bo wówczas za rażąco niską cenę należałoby uznać również cenę odwołującego, ale fakt, że cena ta okazała się najkorzystniejsza. Jeżeli bowiem dwa podmioty za wykonanie tych samych prac oferują cenę praktycznie tożsamą, to nie można dokonywać odmiennej oceny obu tych ofert. Wywód odwołującego prowadziłby do wniosku, że tylko jedna oferta zawiera rażąco niską cenę, co byłoby nielogiczne, bo wyceniane były te same prace.

Zamawiający wskazał, że kolejne oferty również zawierały ceny zbliżone, co dowodzi, tylko tego, że obecne ceny rynkowe są niższe od zakładanych przez inwestora. Skoro kilka podmiotów złożyło oferty z podobnymi cenami, niższymi niż kosztorys inwestorski, to nie można uznać, że ich wyliczenia są nierealistyczne, że każdy z nich oferował cenę poniżej możliwości sfinansowania robót, a zatem rażąco niską. Rażąco niska cena to cena, która nie zapewni możliwości wykonania zadania. W obecnym przypadku brak jest dowodów, by cena A. F. nie zapewniała możliwości wykonania zadania, bo oznaczałoby to, że również cena odwołującego, praktycznie tożsama, również uniemożliwia wykonanie zadania — tych samych prac — a zatem, że zarzut odwołania, by wybrać jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego jest chybiony. Cena rażąco niska to cena, która nie zapewni możliwości wykonania zadania. Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 27 września 2013 r. sygn. akt: KIO 2181/13, wyrok z dnia 1 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO 1424/13 i in.

Zamawiający zauważył, że przy ocenie wyjaśnień wykonawcy A. F. należy mieć na uwadze, że punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty mogą być ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu i ceny ofert zbliżonych zamówień. Bez wątpienia, co najmniej dwie dalsze oferty były również zbliżone co do wysokości ceny, wobec czego w tym kontekście cena wykonawcy A. F. nie była rażąco niska. Fakt, że kilku innych oferentów zaoferowało podobne ceny, poniżej kosztorys inwestorskiego, dowodzi tego, że ceny te są realne.

W ocenie zamawiającego, również analiza wyjaśnień wykonawcy A. F. nie prowadzi do wniosków, na jakie wskazujące odwołujący. Wyjaśnienia te są rzeczowe, konkretne, poparte ofertą dostawcy materiałów dla oferenta, wobec czego nie sposób rozsądnie zarzucać, że wykonawca ten nie wykazał wyliczenia ceny i nie wykazał możliwości wykonania robót za oferowaną cenę. Nie istnieje wymóg osiągania zysku, jak błędnie zarzuca odwołujący, bowiem prowadzenie działalności gospodarczej odbywa się w ramach ryzyka przedsiębiorcy. To przedsiębiorca szacuje, czy musi osiągnąć zysk z danej umowy, czy też w jego interesie będzie akurat przyjęcie takiego rozwiązania, że istotne jest dla niego pokrycie kosztów prowadzenia robót i zagospodarowanie pracowników i maszyn, by nie zostały one niewykorzystane generując koszty stałe. Powszechnie wiadomym jest, że prowadzenie przedsiębiorstwa budowlanego wiąże się z kosztami stałymi np. pensji, ubezpieczeń, wynajmu, leasingu, wobec czego w pewnych wypadkach nawet uzyskanie zlecenia bez zysku będzie korzystniejsze niż brak zlecenia, co wiąże się z koniecznością przestojów i mimo to opłacania kosztów stałych. Dlatego zarzut, że wykonawca A. F. nie wykazał odpowiedniego zysku, marży, jest zarzutem nietrafionym, bo zamawiający nie ma prawa wymagać, by wykonawcy uzyskiwali taki czy inny zysk. Ważne jest to, czy określona cena pozwoli na wykonanie prac, a nie to, czy wykonawca odniesie zysk z danego zlecenia. Odwołujący nie rozróżnia dwóch odrębnych kategorii — rażąco niskiej ceny, która nie pozwala na wykonanie zadania, od

braku zysku, który nie pozwala na osiągnięcie zarobku. Odwołujący błędnie kwalifikuje rażąco niską cenę jako cenę, która nie daje zarobku, marży, a przecież nie tego dotyczy cena rażąco niska. Cena rażąco niska to cena nie dająca możliwości wykonania zadania. Odwołujący myli zatem kategorie ekonomiczne, co prowadzi go do błędnego wniosku, że wyjaśnienia wykonawcy są niedokładne.

Co do kosztów utylizacji odpadów, zamawiający wskazał, że nie były one osobno wyceniane w ramach ofert, dlatego nie można wymagać, by taki składnik był przedstawiony w wyliczeniu. Wykonawca ma obowiązek pokryć koszty utylizacji z ceny, jaką zaoferował, co wynika z s.i.w.z.. W wezwaniu nie było żądania wyliczenia kosztów utylizacji, bowiem te koszty nie są osobno płacone przez zamawiającego, dlatego też wykonawca A. F. nie przedstawił w tym zakresie wyliczenia, niemniej jednak koszty utylizacji nie będą zwiększać ceny płatnej przez zamawiającego, a z drugiej strony budowa wodociągu w większości w technologii bezwykopowej nie jest działaniem tworzącym znaczne ilości odpadów. Prace prowadzone są w gruncie, co nie będzie rodzić w sposób szczególny powstawania odpadów.

Co do kalkulacji poszczególnych składników ceny, zamawiający stwierdził, że to wykonawca A. F. wyjaśnił koszty robocizny, jak i wykazał koszty materiałów, wobec czego wyjaśnił podatkowe składniki wyliczenia ceny. Ważne jest to, że wykonawca opiera się na wynagrodzeniu za pracę wg konkretnej stawki, jak i na materiałach, co do których posiada zapewnienie dostawy wg konkretnych cen.

Zamawiający podniósł, że zarzut odwołania, że wykonawca A. F. celowo zaniżył cenę, by otrzymać zlecenie, jest niczym niepoparty, pozbawiony dowodów, a poza tym pomija fakt, że kilku innych wykonawców również zaoferowało analogiczne ceny, w tym i sam odwołujący, a względem pozostałych ofert odwołujący, nie podnosi zarzutów. Wręcz przeciwnie - swoją uznaje za prawidłową.

W ocenie zamawiającego, oferta na materiały od firmy SANITECH nie budzi wątpliwości formalnych, a co do zarzutów odwołującego należy wskazać, że:

- na ofercie znajduje się podpis, czyli znak ręczny. Przepisy prawa, w tym kodeks cywilny nie narzucają sposobu naniesienia podpisu, poza wymogiem, że ma to być znak ręcznie naniesiony. Bez wątpienia podpis został naniesiony, a brak jest dowodu, by naniosła go osoba inna, niż wskazana w treści pisma,
- z treści pisma, pieczętki wynika, że pismo złożył kontrahent wykonawcy, firma SANITECH,
- oferta dotyczy przedmiotu postępowania, co wynika z rodzaju materiałów, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, jak i szaty graficznej, która pochodzi z dokumentacji projektowej zamawiającego, stanowiącej część składową s.i.w.z.,
- skoro oświadczenie powyższe posiada wykonawca, to jasne jest, że do niego zostało skierowane, a odwołujący nie dowodzi okoliczności przeciwnej,
- żaden przepis prawa nie wyklucza możliwości naniesienia cen długopisem; jest to również forma pisemna,
- wskazanie na stawki godzinowe za pracę, jakie stosuje wykonawca A. F., jest rzeczowym odniesieniem się do kwestii kosztów robocizny.

Zamawiający podniósł, że zarówno wykonawca A. F., jak i odwołujący, koszty robocizny wykazują poprzez odwołanie się do stawki wynagrodzenia za godzinę, bez przedstawienia dokumentów, np. umów o pracę. Tym samym odwołujący nie może rozsądnie zarzucać, że oferent wygrywający nie wykazał wysokości kosztów robocizny.

Zamawiający zauważył, że co do treści, kosztorys cenowy wykonawcy A. F. i załącznik nr 8 do wyjaśnień odwołujący względem wezwania zamawiającego, są tożsame, bo wyjaśniają szczegóły cenowe złożonej oferty. *De facto*, odpowiedzi obu podmiotów są odzwierciedleniem pytań zamawiającego, a co istotne, to fakt, że wykonawca A. F. posługiwać będzie się własnym sprzętem przy wykonaniu robót, w przeciwieństwie do odwołującego, który musi sprzęt wynajmować wraz z usługą transportową, w odróżnieniu od oferenta wybranego przez zamawiającego.

W konsekwencji, w ocenie zamawiającego, stanąć należy na stanowisku, że wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdzają, by cena oferty była rażąco niska. Zarzuty odwołania są polemiką, która wynika z niezadowolenia, a nie błędów wykonawcy lub zamawiającego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca, A. F. w piśmie procesowym z 10 września 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach uzasadnił, iż do zaoferowania ceny na takim poziomie

skłoniła go ogólna sytuacja na rynku zamówień publicznych, w tym mała liczba przetargów w branży sanitarnej, a nadto brak wygranych WOD-KOP w przetargach, pomimo stosowania cen na podobnym i niższym poziomie z rezultatem w połowie lub na końcu stawki. W dalszej kolejności podniósł, iż zaproponowana cena zawiera wszystkie koszty potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z s.i.w.z., tj.: dokumentacją techniczną, specyfikacjami technicznymi oraz ze sztuką budowlaną metodą przewiertu sterowanego. WOD-KOP posiada doświadczenie w realizowaniu zadań, jak przedmiotowe zamówienie, wobec czego zaoferowana cena jest w pełni przemyślana i kształtuje się na poziomie 52,18% kosztorysu inwestorskiego. WOD-KOP dodał w wyjaśnieniach, iż zawsze należy i w terminie realizuje swoje zadania, działa na rynku 13 lat i posiada same pozytywne referencje, należy więc uznać, iż jest firmą wiarygodną i solidną.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w złożonych wyjaśnieniach prawidłowo zasygnalizował fakt, iż cena oferty jest niższa od drugiej najniższej oferty o jedynie o 0,84% wartości kosztorysu inwestorskiego, a od kolejnej o 1,48%. Powyższe potwierdza, że oferenci świadomie kalkulują na niskim poziomie cenowym swoje oferty ze względu na aktualną sytuację rynkową, małą ilość zamówień publicznych i znikomą szansę pozyskania robót, co nie może stanowić podstawy do automatycznego uznawania danej ceny jako rażąco niskiej i odrzucenia oferty takiego podmiotu. WOD-KOP w wyjaśnieniach dodał, iż posiada własne zaplecze sprzętowe, dzięki czemu może oferować konkurencyjne ceny. Nadto WOD-KOP posiada wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, która zapewnia prawidłowe i fachowe realizowanie zadań z zakresu zamówień publicznych czego dowodem są przedłożone referencje. Ponadto WOD-KOP wskazał, iż może poczynić oszczędności zaopatrując się u stałych i sprawdzonych dostawców, z którymi współpracuje od wielu lat. Do wyjaśnień WOD-KOP przedłożył dokument cen rynkowych zakupu najważniejszych (najbardziej cenotwórczych) elementów, tj. materiałów wymienionych w kosztorysie ofertowym, z ogólnodostępnej hurtowni materiałów sanitarnych, tak, aby zamawiający miał punkt odniesienia i dowód realności podanych przez WOD-KOP cen kosztorysu. Następnie WOD-KOP w złożonych wyjaśnieniach opisał koszty związane z robocizną. Wyliczono robociznę na poziomie 12,00 zł/r-g bez narzutów, czyli 19,80 zł/r-g netto z narzutami przyjętymi w kosztorysie ofertowym, Kp-50% i Zysk-10% - tak aby nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Dalej WOD-KOP wskazał, iż najniższe krajowe wynagrodzenie w 2020 jest równe kwocie 2.600,00 zł brutto, czyli 1.930,62zł netto. WOD-KOP kwotę netto 1.930,62 zł netto podzielił średnio na 22 dni w miesiącu i 8 godzin pracy pracownika dziennie, tak ustalono najniższą stawkę roboczogodziny na poziomie ok. 10,97 zł/r-g netto, bądź też biorąc pod uwagę minimalną stawkę godzinową, która w 2020 roku wynosi 17,00zł brutto (11,00 zł netto), WOD-KOP ostatecznie stwierdził, że w kalkulacji kosztów przyjął dużo wyższą kwotę/stawkę roboczogodziny dla pracowników, a tym samym nie zaniżył w żaden sposób kosztów robocizny i jest tym samym w stanie wykonać roboty bez żadnego zbędnego ryzyka. Na zakończenie WOD-KOP prawidłowo wskazał, iż wycenił roboty i kalkulacje kosztów użycia sprzętu również na takim poziomie, aby wygenerować chociaż minimalny zysk. Jednocześnie WOD-KOP prawidłowo dodał, iż posiada równoległe profile działalności firmy dot. sprzedaż hurtowej materiałów i wypożyczania sprzętu budowlanego, co nie pozostaje bez znaczenia, albowiem dysponując własnym sprzętem może on oferować konkurencyjne ceny. WOD-KOP zapewnił, iż w cenie przedstawionej w ofercie wykona roboty rzetelnie i fachowo z założonym dla siebie zyskiem. Podsumowując WOD-KOP prawidłowo uzasadnił (w tym udowodnił), iż ceny zaproponowane przez niego są cenami realnymi - rynkowymi i w pełni pozwalają na prawidłowe zrealizowanie mu przedmiotu zamówienia. Nadto w swoich wyjaśnieniach WOD-KOP dodał również, co nie jest bez znaczenia, iż przy metodzie przewiertu sterowanego znacznie obniżają się koszty robót ziemnych, ponieważ konieczne jest tylko wykopanie komór startowych i odbiorczych, a nie odkrywka wodociągu i przyłączy na całej długości jego wykonywania.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wynosiła 2.269.636,99 zł, co stanowi równowartość 531.618,06 euro.

W dniu 17 sierpnia 2020 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert w postępowaniu. Z powyższej informacji wynikało, że zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2.525.364,00 zł brutto. Ponadto, zgodnie z powyższą informacją, w postępowaniu zostało złożonych 12 ofert, w tym oferta WOD-KOP na kwotę 1.317.703,76 zł brutto oraz oferta odwołującego na kwotę 1.339.478,16 zł brutto. Oba ww.

wykonawców zaoferowało taki sam okres gwarancji.

W dniu 21 sierpnia 2020 roku zamawiający skierował do przystępującego pismo następującej treści:

Zamawiający, Gmina Olawa, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 - dalej ustawa Pzp) zwraca się o udzielenie wyjaśnień, tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
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.

Oferowana w przedmiotowym postępowaniu cena 1 317 703,76 zł jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, a więc zachodzi przesłanka art. 90 ust. 1a pkt. 1 ustawy P.z.p., pozwalająca zamawiającemu zwrócić się o wyjaśnienie ceny.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 26.08.2020r. dotyczące wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w złożonej ofercie - wyjaśniamy, że moja oferta, nie zawiera ceny rażąco niskiej co prawda kształtuje się na poziomie ok. 52,18% ale do kalkulacji na tak niskim poziomie skłoniła nas ogólna sytuacja na rynku zamówień publicznych, mała liczba przetargów w branży sanitarnej i brak wygranych w przetargach, pomimo stosowania cen na podobnym i niższym poziomie z rezultatem w połowie lub na końcu stawki. Obserwując ceny oferentów w innych postępowaniach przetargowych wygrywały oferty — z niższymi procentowo cenami sięgającymi nawet do 35% wartości kosztorysów inwestorskich, dlatego tak właśnie skalkulowaliśmy cenę aby wygrać - jednocześnie zapewniając firmie zakładany zysk.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, stąd podejmując próbę zdefiniowania tego pojęcia należy sięgnąć do znaczenia tego pojęcia w praktyce. W powszechnej świadomości zarówno wykonawców, jak i zamawiających, funkcjonuje definicja pojęcia: „rażąco niska cena”, sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z tą definicją, cyt.: „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.

Zaproponowana cena w ofercie zawiera wszystkie koszty potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z siwz i załącznikami do niej tj.: dokumentacją techniczną, specyfikacjami technicznymi, oraz ze sztuką budowlaną metodą przewiertu sterowanego.

Wielokrotnie w orzecznictwie wskazuje się, iż „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 (tak Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Firma oferenta posiada doświadczenie w realizowaniu tego typu zadań, wobec czego cena przez niego proponowana jest w pełni przemyślana i kształtuje się na poziomie 52,18% kosztorysu inwestorskiego.

Podobnie rażąco niska cena jest definiowana w orzecznictwie arbitrażowym. Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0- 696/07). Biorąc pod uwagę, iż firma wykonawcy zawsze należała i w terminie realizowała zadania, działa na rynku 13 lat i posiada same pozytywne

referencje, należy więc uznać, iż jest firmą wiarygodną i solidną. Sam fakt, iż cena oferty jest niższa od drugiej najkorzystniejszej oferty o jedynie o 0,84% wartości kosztorysu inwestorskiego a od kolejnej o 1,48 % potwierdza jedynie, że oferenci świadomie kalkulują na niskim poziomie cenowym swoje oferty ze względu na aktualną sytuację rynkową, małą ilość zamówień publicznych i znikomą szansę pozyskania robót, i reasumując nie może stanowić podstawy do automatycznego uznawania danej ceny jako rażąco niskiej i jej odrzucenia, co przesądził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Constanzo (C-103/88, ECR 1989, s. I-1839).

Niniejsze stanowisko potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2013-07-10, KIO 1549/13: Samo porównanie cen czy to do Zamawiającego, czy to do pozostałych wykonawców ze wskazaniem różnic procentowych nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny.

Znacząca różnica pomiędzy naszym kosztorysem ofertowym a kosztorysem inwestorskim wskazywać może, iż kosztorys inwestorski być może jest nieco zawyżony, ponieważ jak wiemy, nie jest wyceniany po cenach rynkowych lecz według cen średnich z Sekocenbudu z poprzednich lat.

Moja firma posiada liczne i wysokie rabaty na dostarczane materiały i usługi. Dzięki własnemu zapleczu sprzętowemu mogę oferować niższe ceny. Jako wykonawca posiadam również wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, która zapewnia prawidłowe i terminowe realizowanie zadań z zakresu zamówień publicznych czego dowodem są referencje — które dołączyłem do oferty i douzupełniam.

W związku z głównym kryterium wyboru ofert tj. najniższa cena wykonawca wyceniając roboty opiera się na czynnikach obiektywnych pozwalających na najlepszą - najniższą wycenę oferty, tj. - dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników, posiadanie własnego sprzętu budowlanego,

- oszczędności, które możemy wygenerować zaopatrując się u stałych i sprawdzonych dostawców i kontrahentów, z którymi współpracujemy od wielu lat, którzy zapewniają nam materiały po konkurencyjnych cenach ze specjalnymi upustami przewidzianymi indywidualnie dla nas, które to ceny zostały przedstawione przez nas w wartości złożonej przez nas oferty.

Wszystkie te czynniki pozwalają na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej przez nas cenie ofertowej.

Rozliczamy roboty zgodnie ze swoją wiedzą i informacją z rynku materiałów, kalkulujemy robociznę na poziomie 12,00 zł/r-g bez narzutów czyli 19,80 zł/r-g netto z narzutami przyjętymi w kosztorysie ofertowym, Kp-50% i zysk-10% - tak aby nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2018, poz. 2177 z późn. zm.).

Najniższe krajowe wynagrodzenie w 2020 roku jest równe 2.600,00 zł brutto czyli 1.930,62 zł netto. Kwotę netto 1.930,62 zł dzielimy na średnio 22 dni w miesiącu i 8 godzin pracy pracownika dziennie otrzymując najniższą stawkę roboczogodziny, która wyniesie ok. 10,97 zł/r-g netto lub biorąc pod uwagę minimalną stawkę godzinową, która w 2020 roku wynosi 17,00 zł brutto (11,00 zł netto) - stwierdzamy, że w kalkulacji kosztów przyjąłem dużo wyższą kwotę/stawkę roboczogodziny dla pracowników, a co za tym idzie - nie zaniżyłem w żaden sposób kosztów roboczogodziny i jestem w stanie wykonać roboty bez żadnego zbędnego ryzyka.

Wyceniam roboty i kalkuluję koszty użycia sprzętu również na takim poziomie, aby wygenerować chociaż minimalny zysk dla firmy, posiadam równoległe profile działalności firmy: sprzedaż hurtową materiałów i wypożyczalnię sprzętu budowlanego - co bardzo pomaga mi dawać konkurencyjne ceny. Wykonawca zapewnia, iż w cenie przedstawionej w swojej ofercie wykona roboty rzetelnie i fachowo z założonym dla siebie zyskiem.

Ceny zaproponowane przez oferenta są cenami realnymi - rynkowymi i w pełni pozwalają na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia, przy metodzie przewiertu sterowanego znacznie obniżają się koszty robót ziemnych, ponieważ konieczne jest tylko wykopanie komór startowych i odbiorczych, a nie odkrywka wodociągu i przyłączy na całej długości jej wykonywania.

W załączeniu przedstawiam dokument cen rynkowych zakupu najważniejszych, najbardziej cenotwórczych elementów, tj. materiałów wymienionych w kosztorysie ofertowym z ogólnodostępnej hurtowni materiałów sanitarnych, aby

zamawiający miał punkt odniesienia i dowód realności podanych przeze mnie cen w kosztorysie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty WOD-KOP jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

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

- 1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 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.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1)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;
- 2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej 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. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje 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 etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Ponieważ cena oferty przystępującego jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 30%, czynność

wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez przystępującego są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. liczne i wysokie rabaty na dostarczane materiały i usługi, własne zaplecze sprzętowe, wykwalifikowana kadra pracownicza. Wszystkie te czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi żadnymi konkretnymi kwotami. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

Jedyne konkretne kwoty, jakie przystępujący podał w wyjaśnieniach to robocizna na poziomie 12 zł/ r-g netto bez narzutów, czyli 19,80 zł/r-g netto z narzutami przyjętymi w kosztorysie ofertowym, Kp-50% i zysk - 10%. Poza tym załączył ofertę na materiały wymienione w kosztorysie ofertowym. W ocenie Izby informacje te nie mogą przesądzać, że przystępujący wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska. W złożonych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek kalkulacji wykazującej realność przyjętej ceny, wykazania, w jaki sposób na cenę wpływają okoliczności wskazane przez przystępującego w złożonych wyjaśnieniach, kosztów zatrudnienia pracowników, liczby pracowników, którzy będą wykonywać zadanie, itp. Również w kalkulacji powinny znaleźć się koszty utylizacji odpadów powstałych przy realizacji zamówienia. Nie ma racji zamawiający stwierdzając w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca nie miał obowiązku ich wykazywać, ponieważ koszty te wykonawca ma obowiązek pokryć z ceny. Właśnie dlatego, że koszty te są również elementem cenotwórczym, winny być uwzględnione i wykazane w złożonej kalkulacji.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż o tym, że cena przystępującego nie jest rażąco niska, ma przesądzać fakt, że w dwóch innych ofertach zaoferowano ceny zbliżone do ceny przystępującego. Właśnie dlatego zamawiający ma w takim przypadku obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, by ustalić, czy wykonawcy przysługują wyjątkowe okoliczności, nieprzysługujące innym wykonawcom, pozwalające mu obniżyć cenę oferty.

Odnosząc się do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczonych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje, że nie są one adekwatne do przedmiotowej sprawy, ponieważ zostały wydane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 1020), która w sposób szczegółowy uregulowała zasady wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia oferty WOD-KOP, oraz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba uznała, że przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, niemniej jednak nakazała zamawiającemu ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny. Zamawiający w kolejnym wezwaniu winien wskazać obszary i elementy cenotwórcze, które przystępujący powinien w szczególności wyjaśnić.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16: powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, ograniczył się wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Nie wskazał przy tym konkretnych obszarów, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie elementy kosztotwórcze wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.