Sygn. akt KIO 283/21

WYROK
z dnia 2 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 i 26 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2021 r. przez wykonawcę
M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M. D. Garden Designers z siedzibą w Lublinie
w postępowaniu prowadzonym przez
Gminę Dąbrowa Górnicza
przy udziale wykonawcy **I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą**
w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nakazuje Gminie Dąbrowa Górnicza unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.,

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

kosztami postępowania obciąża I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. oraz M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M. D. Garden Designers z siedzibą w Lublinie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M. D. Garden Designers z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. na rzecz M. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą M. D. Garden Designers z siedzibą w Lublinie kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok
– w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 283/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rewitalizację przestrzeni publicznych i terenów zdegradowanych w Dąbrowie Górniczej" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 14 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 595334. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Stanowisko Odwołującego
Odwołujący – M. D. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. D. Garden Designers wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy – I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I S., zwanej dalej „Przystępującym", pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na wskazaniu, że dysponuje kierownikiem budowy pełniącym funkcje kierownika budowy, kiedy to osoba wskazana przez wykonawcę posiada doświadczenie (pełniła rzeczywiście funkcję) kierownika robót drogowych, co więcej wykonawca wskazał dwa osobne zadania, na których wyznaczona osoba pełniła funkcję kierownika robót branży drogowej w ramach inwestycji
w Sosnowcu, podczas gdy była to jedna inwestycja, a nie podzielona na odrębne dwa zadania oraz na wskazaniu, że wykonawca zrealizował zadanie, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabawa na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto w ramach inwestycji realizowanej dla Gminy Psary, kiedy to taka inwestycja nie była realizowana;
2. art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień (względnie przedłożenia stosownych dowodów) w kontekście okoliczności związanych ze wskazanym
w ofercie doświadczeniem A. D. oraz z realizacją inwestycji realizowanej
w ramach zamówienia publicznego udzielonego przez Gminę Psary;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
z których wynika, że wykonawca ten przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
4. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. oferty, które są rażąco niskie w związku

z zaoferowaniem przez Przystępującego rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że ww. ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie;
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie, że ceny i istotne części składowe oferty wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie;
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2020 r. poz. 1913) ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. oferty złożonej jako oferta stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji;
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
8. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, tj. art. 90 ust. 1 pkt , z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
9. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. z postanowieniami nakazującymi zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie zgodnym z minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
10. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta zawierała informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, w zakresie dotyczącym doświadczenia osoby wskazanej jako kierownika budowy, którego nie posiadał;
11. art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
a w konsekwencji:
12. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez wybór niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.
Odwołujący wniósł o:
1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych
w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
2. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
c) wykluczenia Przystępującego/ odrzucenia oferty Przystępującego, względnie wezwanie Przystępującego do wyjaśnień złożonej oferty w zakresie zakreślonym niniejszym odwołaniem,
d) uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w punkcie 8.2.3.1. i 8.2.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez Wykonawcę, że:
a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:
- min. jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie nawierzchni
o wartości min. 1.000.000,00 zł brutto,
- min 1 robotę budowlaną polegającą na budowle siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości min. 150.000,00 zł brutto.
Zamawiający dopuszcza wykazanie i udokumentowanie zakresu j.w. w ramach jednej roboty budowlanej pod warunkiem, że robota obejmować będzie łącznie pełen wykazany zakres
i odpowiadające im wartości
b) skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi tj. :
- 1 osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy z uprawnieniami do kierowania robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa.
Odwołujący, pismem z 26 listopada 2020 r., poinformował Zamawiającego o okolicznościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania, tj. o fakcie, że Przystępujący wskazał
w tabeli dotyczącej doświadczenia kierownika budowy – A. D., którego doświadczenie dotyczy w przeważającej części branży drogowej, podczas gdy Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał jako wymóg dysponowanie kierownikiem budowy branży konstrukcyjno-budowlanej. Ponadto Przystępujący wskazał, że A. D. pełnił funkcję kierownika robót drogowych w ramach zadania „Zagospodarowanie terenu przy OSP w Preczowie na cele turystyczne i rekreacyjno-
-sportowe w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013”, w tym siłownia zewnętrzna na matach przerostowych. Jak wskazał Urząd Gminy Psary w odpowiedzi z 8 grudnia 2020 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, pan D. nie pełnił żadnej funkcji w ramach wskazanej inwestycji, w tym nie pełnił

funkcji kierownika robót branży budowlanej. Urząd Gminy Psary udzielił Odwołującemu informacji, że w ramach ww. wymienionego zadania nie wykonano siłowni zewnętrznej na matach przerostowych na kwotę 166.667,31 zł brutto.
Odwołujący poinformował Zamawiającego również o fakcie, że Przystępujący wskazał
w swojej ofercie dwa zadania, których przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych
o wartości minimum 150.000,00 zł brutto realizowanych dla Miasta Sosnowiec, gdy
w rzeczywistości wskazane zadania były realizowane w ramach jednej inwestycji.
Zamawiający, po otrzymaniu powyższych informacji, nie wykluczył Przystępującego, nie zwrócił się o złożenie stosownych wyjaśnień, ani nie ustosunkował się do pisma Odwołującego.
Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji
w zakresie doświadczenia kierownika robót budowlanych, jak i zrealizowanych inwestycji
w taki sposób, aby wywołać u Zamawiającego przekonanie spełnienia warunku udziału
w postępowaniu mimo rzeczywistego niespełnienia tego warunku. Istotą „błędu", o którym mowa w przepisie jest wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiste jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Koniecznym warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji jednoznacznie nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.
W związku z powyższym Przystępujący bezsprzecznie wprowadził Zamawiającego w błąd, czego skutkiem powinno być jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W wyroku KIO 2345/18 Izba stwierdziła, że wykonawca jest zobowiązany składać dokumenty odpowiadające rzeczywistości na etapie postępowania przetargowego. Wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiłoby niebezpieczny precedens, osłabiający rolę wyjaśnień treści oferty, jak i zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za składane oświadczenia, decydujące o wyniku postępowania. Ustawodawca nakazuje wykluczyć wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd, bez wzywania go do wyjaśnień, czy do ponownego uzupełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Jak wynika z orzecznictwa Izby i sądów powszechnych, obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych
i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom ustawy Prawo zamówień publicznych, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.
Przepis art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji (wyrok KIO 185/18).
Przystępujący nie wywiązał się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie przygotowywania oferty, a działania tego wykonawcy zdają się nosić znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego
w błąd, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno bowiem przypuszczać, że wykonawca nie miał wiedzy o charakterze i zakresie realizowanych inwestycji w przeszłości i jako profesjonalista odróżnia doświadczenie kierownika budowy od doświadczenia kierownika robót drogowych.
Co do rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty Odwołujący wskazał, że
w piśmie z 26 listopada 2020 r., skierowanym do Zamawiającego, poinformował go, że ceny istotnych części składowe ofert są rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, po otrzymaniu powyższych informacji, nie zwrócił się do Przystępującego o złożenie stosownych wyjaśnień, co oznacza, że uznał cenę jego oferty za prawidłowo skalkulowaną.
W ofercie Przystępującego doszło do niedoszacowania ceny za usuwanie hummusu. Cena ta nie uwzględnia kosztów pracy sprzętu, materiałów eksploatacyjnych, paliwa, amortyzacji, pracy operatorów sprzętu, wobec czego nie jest możliwy wykonany zakres prac, na który wskazuje KNR 2-01-0126-01 oraz KNR 2-01-0126-02. Ceny za rozścielenie ziemi urodzajnej dla KNR 2-21 0218-03 w stawce 12,55 zł nie uwzględniają kosztu ziemi, którą firma ta
w załączonym do kosztorysu zestawieniu materiałów wycenia na 50 zł/m^3. Cena za wykonanie trawników wraz z ich roczną pielęgnacją, wskazana przez KNR 2-21 0403-02, została określona jako 1,87 zł/m^2, co stanowi cenę około czterokrotnie niższą od cen innych oferentów, co potwierdza jej zaniżenie. Nie jest możliwe, aby w tej cenie wykonać cały zakres prac wskazany przez Zamawiającego.
Pozycja 115 d.2.11 – dostawa i montaż kwietników – rys. A-1 obrzeże z ekobordu wys. 5 cm – została wyceniona na poziomie 23 zł/szt, co jest nierealne do wykonania i nie uwzględnia całkowitych kosztów koniecznych dla zrealizowania zadania zgodnie z projektem; oferowana cena jest kilkadziesiąt razy niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów.
Przystępujący wskazał cenę za wykonanie podbudowy bez uwzględnienia wszystkich kosztów, tj. dokonania zakupu kruszywa zgodnego z projektem, przywiezienia go na teren budowy, wybudowania, zapewnienia do pracy sprzętu, operatora, pracowników fizycznych
i innych kosztów, które składają się na pozycje kosztorysowe 60 d.2.3, 61 d.2.3 oraz 64 d.2.3. Pozycję 64 d.2.3 wykonawca liczy w stawce 34,33 zł/m^2 dotyczącej wykonania podbudowy o grubości 15 cm, natomiast dla tej samej podbudowy w pozycji 60 d.2.3. przyjmuje stawkę 12,98 zł/m^2, co stanowi o działaniu nierzetelnym i nieprofesjonalnym, co w konsekwencji prowadzi do zakwestionowania całej oferty jako niewiarygodnej
i nieprzedstawiającej w sposób realistyczny prognozowanych kosztów.
Nie powinno ulegać wątpliwości, że zaoferowanie przez Przystępującego nierealistycznej ceny za określone pozycje kosztorysu powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji ceny jednostkowe usług muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, a odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen usług bez powiązania ich z realnymi kosztami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący zastosował niedopuszczalne prawem praktyki manipulowania cenami jednostkowymi, celem zaoferowania Zamawiającemu nie jak najkorzystniejszych warunków czy konkurowanie ceną, a jedynie nieuczciwe wykorzystanie przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień co do rozliczenia za usługi ciągłe i okresowe, co zagraża (manipulacja cenami jednostkowymi) interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającego. Wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę nie ma pełnej swobody w kreowaniu cen, w szczególności nie ma możliwość oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu (wykonania), gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO 817/16).
Przejawem czynu nieuczciwej konkurencji jest sytuacja, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Ma to miejsce w szczególności, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw (wyrok KIO 1457/15).
W zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. nr 130, poz. 1389) na etapie sporządzania kosztorysu inwestorskiego zamawiający musi stosować regulacje zawarte we wskazanym rozporządzeniu. Zamawiający, kontrując formularz ofertowy będący załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia posługuje się siatką pojęciową zaczerpniętą
z tego rozporządzenia, co skutkuje koniecznością przygotowania ofert zgodnie z przepisami rozporządzenia. Również wykonawcy posługują się definicjami wskazanymi w tym rozporządzeniu, gdyż w przedstawianych ofertach nie przedstawiają odmiennych definicji używanych terminów. Takie rozwiązanie ma zagwarantować, że oferty sporządzane przez potencjalnych wykonawców będą skalkulowane na tych samych zasadach, a w konsekwencji będą dla zamawiającego porównywalne oraz pozwolą ocenić, czy zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia.
Zgodnie z treścią § 6 ust. 2 rozporządzenia „godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności:
1) płace zasadnicze; 2) premie regulaminowe; 3) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe); 4) płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe);
5) obligatoryjne obciążenia płac; 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.
W punkcie 3.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wymaga, aby wszystkie czynności w pełnym zakresie rzeczowym wyszczególnionym
w przedmiarach robót były realizowane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę
i podwykonawcę/ów na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz.U.2020, poz. 1320) – wymaganie nie dotyczy kierownika budowy. Zatem specyfikacja istotnych warunków zamówienia wprost wymaga, aby realizacja przedmiotowego zamówienia odbywała się w oparciu o zatrudnienie
w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Tymczasem oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę z uwagi na to, że istotny składnik cenotwórczy tej oferty, jakim jest roboczogodzina, został skalkulowany na poziomie 19 zł.
Stosownie do art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jednym
z podstawowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są koszty 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. z późń. zm.). Wobec powyższego, niezależnie od wybranego przez wykonawcę stosunku zaangażowania personelu (umowa o pracę czy umowa cywilnoprawna) wartość kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Tymczasem cena oferty wskazuje, że do kalkulacji przyjęto wartość zdecydowanie niższą.
Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z kosztów pozapłacowych, do których zalicza się wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim oraz z kosztów płacowych, w których skład wchodzą wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych.
Minimalne wynagrodzenie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w roku 2020 r. wynosiło 2.600 zł. Aby uzyskać wiedzę o wysokości minimalnego wynagrodzenia godzinowego, należy tę kwotę podzielić przez liczbę godzin, jakie średnio przepracowuje pracownik w miesiącu. Otrzymany iloczyn powiększyć o koszt, jaki ponosi pracodawca
w związku z opłacaniem składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe oraz składek na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, co razem będzie stanowić 20,48 % wynagrodzenia. Reasumując, pracodawca będzie ponosił następujące godzinowe koszty zatrudnienia pracownika: przy 150 godzinach miesięcznie – 20,88 zł za godzinę, przy 160 godzinach miesięcznie – 19,58 zł za godzinę, przy 170 godzinach miesięcznie – 18,42 zł za godzinę, przy 180 godzinach miesięcznie – 17,40 zł za godzinę. Tak obliczony koszt pracodawcy za godzinę pracy pracownika nadal nie obejmuje wszystkich składników, jakie są wymagane przez § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia, niemniej już na tym etapie stawka roboczogodziny skalkulowana na poziomie 19 zł nie jest zgodna
z rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Zgodnie z art. 1 pkt 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207 t.j.) „minimalna stawka godzinowa” jest minimalną wysokością wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi, tak więc nie ma zastosowania do wynagrodzenia osób zatrudnionych w ramach stosunku pracy. Charakter realizowanych robót w ramach przedmiotowego zamówienia wymaga zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników budowlanych, tym samym stawka na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę jest stawką nierealną. W branży budowlanej nie spotyka się tak niskich stawek godzinowych dla robotników, jakie zaproponował Przystępujący.
W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza,

doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego.
Za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową,
a więc nie występuje na danym 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 (tak min. wyrok SO w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., sygn. IV Ca 1299/09). Weryfikacji, czy określona cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje zamawiający – najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Zamawiający, pismem z 19 listopada 2020 r., wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów odnośnie kalkulacji ceny oferty. Wykonawca ten odpowiedział pismem z 24 listopada 2020 r.
Mając na uwadze powyższe, zaoferowanie przez Przystępującego stawki roboczogodziny na rażąco niskim poziomie, nie jest możliwe do wybronienia (wyjaśnienia) z powołaniem się na ewentualną argumentację, że częściowe składniki wynagrodzenia zostały ujęte w kosztach pośrednich. Skoro bowiem, w świetle § 6 ust. 2 rozporządzenia, godzinowe stawki robocizny powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia, w tym w szczególności m.in. obligatoryjne obciążenia płac, to wykonawcy nie mogą przyjmować, że ujęte zostały one w kosztach pośrednich. Skoro wykonawcy, kalkulując stawkę roboczogodziny, musieli opierać się na przepisach rozporządzenia, to koszty bezpośrednie określone zostały w § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia mianem składników kalkulacyjnych uwzględniających nieujęte
w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu.
Tak sporządzona oferta uchybia przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przyjęta przez wykonawcę do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów prawa. Z kolei w kwestii błędu w obliczeniu ceny należy podzielić zaprezentowane w doktrynie i orzecznictwie KIO stanowisko, zgodnie z którym weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem
z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa.
W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów prawa. Mając na uwadze powyższe i fakt, że stawkę roboczogodziny należy ustalić biorąc pod uwagę wszystkie składniki określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia, należy stwierdzić, iż stawka zaoferowane przez Przystępującego jest rażąco niska, niezgodna z obowiązującymi przepisami oraz stanowi cenę składową nierealną, niemożliwą do osiągnięcia. Stawka ta nie uwzględnia wszystkich należnych zobowiązań pracodawcy, co potwierdza, że stawki te nie zostały prawidłowo skalkulowane w oparciu o wyżej przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co rodzi niezgodność sposobu kalkulacji ceny oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także stanowi o konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, pkt 1 i pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wskazał także, na brak złożenia przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody podlegają ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawił zamawiającemu wszystkie informację dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji,
a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Informacje te zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to, aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także, aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody. Choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład, gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny
i kierowanie wezwań „do skutku". Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane
z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprosta obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty".
Z treści wyjaśnień Przystępującego wynika, że są one ogólnikowe i nie zawierają żadnej kalkulacji ceny oferty, a tym bardziej żadnych dowodów. Już więc z tego powodu wyjaśnienia te powinny zostać uznane za niezłożone i skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.
Startujące w przetargu podmioty są profesjonalistami, stąd składane przez nie wyjaśnienia powinny cechować się szczególną starannością. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą one negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń, a w przypadku postępowania w trybie zamówień publicznych niewykazania, że proponowana cena nie jest rażąco niska i nie powoduje wykluczenia oferty.

II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu tj.: zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na zaistnienie wobec tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania; zaniechania wezwania Przystępującego do przedłożenia wyjaśnień i dowodów, że podjęte przez tego wykonawcę środki są wystarczające do wykazania rzetelności tego wykonawcy (wobec uznania przez Zamawiającego, że nie zachodzą przesłanki skutkujące automatycznym wykluczeniem
z postępowania); wadliwej oceny oferty Przystępującego poprzez błędne uznanie, że oferta ta nie podlega odrzuceniu; dokonania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej; zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i postanowił
o ich uwzględnieniu w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.
Zamawiający wskazał, że podstawą tej decyzji były poparte dowodami zarzuty Odwołującego w zakresie zaistnienia przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, które znalazły potwierdzenie w wyjaśnieniach Przystępującego do odwołania z 1 lutego 2021 r.
III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., który następnie wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
W przywołanym przez Zamawiającego piśmie z 1 lutego 20201 r. Przystępujący wskazał, że zaprzecza wszelkim twierdzeniem zawartym w odwołaniu, mającym uzasadniać konieczności odrzucenia jego oferty. Odwołujący, kwestionując informacje dotyczące kryteriów oceny ofert odwołuje się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą doświadczenia podmiotu biorącego udziału w postępowaniu, a nie doświadczenia osoby, która w tym postępowaniu będzie pełniła funkcję kierownika budowy. Uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy wynikają z posiadanych uprawnień, zaś w zakresie posiadanego doświadczenia wykonawca był oceniany w ramach kryteriów oceny ofert.
Już tylko z tego powodu nie może być mowy o istnieniu przesłanki do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, która odnosi się do braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie do pojęcia kryterium oceny ofert. W związku z czym zarzuty odwołania w tym zakresie są bezzasadne.
Zarzuty odwołania oparte są na próbie interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i braku wiedzy albo próbie narzucenia Zamawiającemu własnego rozumienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odwołujący kwestionuje, w ramach złożonego wykazu osób w formularzu ofertowym, podanie przez Przystępującego realizacji w poz. 3., 4. i 5. wskazując, że w poz. 3. i 4. realizacja dla Miasta Sosnowiec była realizowana w tamach jednej inwestycji. Jednak
w odniesieniu do doświadczenia punktowanego w ramach tego doświadczenia Zamawiający w punkcie 24.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że za wykazane doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót przy wykonaniu bodowy lub przebudowy lub modernizacji siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto w ramach każdej roboty – wykonawca może otrzymać 5 pkt. Tak więc Zamawiający nie odniósł się do pojęcia „jednej inwestycji", „jednej umowy", tylko jednej roboty. Przystępujący zatem w sposób prawidłowy wskazał w pozycji 3. i 4. dwie roboty o zakresie ocenianym i wymaganym dla uzyskania punktów. W ramach jednej umowy z Gminą Sosnowiec wykonywane były aż trzy roboty,
z czego dwie dotyczą wymagań ocenianych:
1. Modernizacja placu zabaw, budowa siłowni i street workoutu, ul. Długosza „Wymarzony plac zabaw": dokumentacja projektowa o wartości 12.300,00 zł brutto, roboty rozbiórkowe wraz z wywozem i utylizacją o wartości 2.580,62 zł brutto, dostawa i ułożenie pod wyposażeniem obiektu 325,90 m^2 nawierzchni bezpiecznej z gumowych mat przerostowych pollyeasi o wartości 68.100,06 zł brutto, dostawa i montaż urządzeń zabawowych o wartości 116.90.3,26 zł brutto, dostawa i montaż elementów małej architektury: regulamin obiektu – 1 szt., ławki parkowe – 3 szt., kosz betonowy – 2 szt. o wartości 6.096,74 zł brutto, wykonanie 73,90 m^2 trawników dywanowych o wartości 3,119,32 zł brutto. Łączna wartość realizacji części 1. zadania wyniosła 209.100,00 zł brutto.
2. Modernizacja placu zabaw, budowa siłowni i street workoutu, ul. Długosza: dokumentacja projektowa o wartości 12.300,00 zł brutto, roboty rozbiórkowe nawierzchni asfaltowej wraz
z wywozem i utylizacją oraz roboty ziemne o wartości 113.858,16 zł brutto, dostawa
i ułożenie pod wyposażeniem obiektu 508,50 m^2 nawierzchni bezpiecznej z gumowych mat przerostowych pollyeasi o wartości 101.654,24 zł brutto, wykonanie 176,5 m^2 nawierzchni utwardzonych z kostki brukowej gr. 6 cm (chodniki i nawierzchnia pod siłownią) o wartości 31.330,52 zł brutto, montaż 134 m obrzeży betonowych na lawie betonowej o wartości 7,991,76 zł brutto, dostawa i montaż urządzeń zabawowych o wartości 127.751,62 zł brutto, dostawa i montaż 80,99 m ogrodzenia UDAR 1 wys. 1,23 m z furtkami wejściowymi
o wartości 20.601,43 zł brutto, dostawa i montaż urządzeń siłowni plenerowej 8 szt. montowanych na pylonach – 4 kpl, o wartości 18.199,20 zł brutto, dostawa i montaż urządzeń do ćwiczeń street workout o wartości 16.158,51 zł brutto, dostawa i montaż elementów malej architektury: regulamin obiektu – 1 szt., ławki parkowe – 5 szt., kosz betonowy – 3 szt., o wartości 10,090,67 zł brutto, wykonanie 265,20 m^2 trawników dywanowych o wartości 8.939,89 zł brutto. Łączna wartość realizacji części 2. zadania wyniosła 468.876,00 zł brutto.
Tak więc są to odrębne roboty, posiadające odrębny zakres, odrębną dokumentację, odrębne wartości, odbiory itd. W związku z tym Przystępujący prawidłowo i zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazał doświadczenie kierownika robót w obu tych robotach.
Jeśli chodzi o poz. 5. wykazu, to doszło do omyłki, ale nie w zakresie doświadczenia pana D. jako osoby pełniącej funkcję kierownika budowy, lecz we wskazaniu nazwy realizacji. W ofercie wskazano, że był on kierownikiem budowy w realizacji „Zagospodarowanie terenu przy OSP w Preczowie na cele turystyczne i rekreacyjno-
-sportowe w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na tam 2007 – 2013", a był kierownikiem budowy na realizacji „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej przy remizie Ochotniczej Straży Pożarnej w Psarach" – w obu przypadkach inwestorem była Gmina Psary, gdzie w zakresie realizacji były położne maty o nazwie Flexi Zone. Wartość podana w tabeli w formularzu ofertowym jest prawidłowa i dotyczy realizacji, gdzie pan D. pełnił

funkcję kierownika budowy. Również rodzaj kładzionej nawierzchni jest zgodny z wymaganym, bowiem maty Flexi Zone są materiałem lepszym, o bardziej zawansowanej technologii i walorach użytkowych, a przede wszystkich o wyższych parametrach amortyzacji, a tym samym bezpieczeństwa. Tak więc nie doszło do podania żadnych nieprawdziwych informacji, a jedynie do pomyłki we wpisaniu nazwy postępowania. Dla rozwiania wątpliwości Przystępujący w załączeniu przedstawił referencje podmiotów, które realizowały ww. zadania.
Zdaniem Przystępującego bezzasadne i nieuprawnione są również zarzuty i żądania
w zakresie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.
Odwołujący nie uwodnił, na czym czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać, podobnie jak błąd w obliczeniu ceny oferty. Przystępujący nie zastosował jakichkolwiek cen dumpingowych, nie pomylił się w obliczeniu ceny, jak również cena zawiera wszystkie koszty konieczne do należytego wykonania przedmiotu umowy. W przypadku wątpliwości co do złożonych wyjaśnień Zamawiający powinien wezwać do uszczegółowienia składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o ile budzą one jakiekolwiek wątpliwości.
Odwołujący zarzucił, że Przystępujący zastosował zbyt niską stawkę roboczogodziny, co jego zdaniem wskazuje na ustalenie kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Twierdzenia te są całkowicie bezzasadne, bowiem stawka roboczogodziny na poziomie 19 zł jest zgodna z obowiązującymi przepisami, tym bardziej, że stawka godzinowa nie jest odpowiednikiem kwoty minimalnego wynagrodzeniu za pracę. Stawka roboczogodziny (robocizny) jest jednostką miary przy formułowaniu kosztorysu, odzwierciedla ilość pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny. Na podstawie roboczogodzin ustala się harmonogramy i terminy ukończenia pracy, zaś stawka płacowa wynika z umowy o pracę. Wynagrodzenie pracowników, które, zdaniem Odwołującego, jest zbyt niskie, to dochód z pracy osób wykonujących pracę podporządkowaną na podstawie umowy o pracę. Pojęcia te nie są pojęciami tożsamymi,
a tym samym nie można stawiać znaku równości pomiędzy roboczogodziną oraz minimalnym wynagrodzeniem pracownika, bowiem są to dwa różne pojęcia i dwa różne obszary. Przystępujący spełnia wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Tym samym formułowanie zarzutu zatrudnienia personelu poniżej wartości wynikającej z obowiązujących przepisów prawa nie ma żadnego uzasadnienia, bowiem przy obecnym stanie prawnym nie jest możliwe zatrudnienie kogokolwiek w oparciu o wynagrodzenie niższe niż minimalne. Stawka roboczogodziny jest jednym z elementów kształtowania wysokości wynagrodzenia w danej pozycji kosztorysowej, a nie wartością, jaka jest wypłacana pracownikowi w ramach wynagrodzenia. Roboczogodzina jest jednostką miary wykonanej pracy, czyli jest to przeciętna ilość pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny zegarowej. Za wynagrodzenie, czyli płacę rozumieć należy przysługującą pracownikowi należność za pracę wykonaną na podstawie stosunku pracy.
Odnosząc się do zarzutów względem poszczególnych pozycji kosztorysowych Przystępujący stwierdził, że Odwołujący, poza ogólnymi stwierdzeniami, nie uprawdopodobnił swoich zarzutów.
Pkt 16 i 17: rzekome niedoszacowanie humusu – cena 50 zł za 1 m^3 hummusu jest ceną całkowicie wystarczającą na pokrycie kosztów wszystkich koniecznych do realizacji tego zakresu czynności, tj. pracy spycharki i operatora. Przystępujący jest lokalną firmą, dysponując spycharką z operatorem i nie musi, tak jak Odwołujący, wynajmować sprzętu czy też transportować go z odległego o ponad 300 km Lublina. Ponadto jako firma z wieloletnim doświadczeniem i znaną renomą, a przede wszystkim wykonująca bardzo dużą ilość robót, w tym również takich, w których ziemia urodzajna jest potrzebna, gromadzi materiał na potrzeby wielu realizacji i posiada go w stałej dostępności, a nie musi zakupować bezpośrednio na potrzeby konkretnego postępowania.
Pkt 18. wykonanie trawników – w pozycji wskazanej w odwołaniu znajduje się cena za nasiona traw, a więc element konieczny do zrealizowania zakresu wskazanego
w kosztorysie.
Pkt 19 – w tej pozycji wyceniono cały zakres robót, który polega na wykonaniu kwietników
z obrzeża ekobordu, koszt 1 m ekobordu w zakupie detalicznym to 7,20 zł brutto, w zakupie hurtowym jest to materiał znacznie tańszy. Tak więc skoro w pozycji kosztorysowej wskazano 23,00 zł, to cena ta nie jest bez wątpienia ceną rażąco niską.
Pkt 20 cena kruszywa – również w tym zakresie twierdzenia są gołosłowne. Przystępujący jako wieloletni współpracownik w zakresie odbioru materiałów, w tym również kruszywa, posiada preferencyjne ceny, a zakup kruszywa jest z dostawą na miejsce budowy, koszt wskazany w kosztorysie absolutnie pokrywa wszystkie koszty .
Mając na uwadze powyższe nie może być mowy o jakiejkolwiek rażąco niskiej cenie.
Podczas rozprawy Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z 1 lutego 2021 r. Podkreślił, iż Odwołujący postawił 12 zarzutów, lecz nie wiadomo, które z nich zostały uwzględnione w odpowiedzi na odwołanie.
Przystępujący zauważył, iż zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu jest niezasadny, ponieważ zarzuty nie dotyczą warunków, a jedynie kryterium oceny ofert, natomiast art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy warunków, więc nie ma zastosowania.
Przystępujący wskazał, iż osoba desygnowana na stanowisko kierownika realizowała roboty budowlane w Psarach. Błędne było jedynie podanie nazwy realizacji ze względu na to, że osoba przygotowująca ofertę sporządziła sobie tabelę, w której porównywała doświadczenie dwóch osób tj. p. D. i p. K. i omyłkowo wpisała inwestycję w Gminie Psary,
w której kierownikiem robót budowy był p. K., a nie p. D. . Natomiast
z doświadczenia p. D. wynika, że posiada on doświadczenie przy inwestycji „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej przy remizie OSP w Psarach" o wartości powyżej 150.000,00 zł. Pan D. posiada również uprawnienie budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz
z wyjaśnieniami treści uprawnień budowanych, dotyczącymi dodatkowej podstawy do kierowania budową i robotami budowlanymi w zakresie budowy dróg. Jednocześnie wyjaśnił, że w wyjaśnieniach specyfikacji z 4 listopada 2021 r., odpowiedź na pytanie VIII, Zamawiający zmienił branżę konstrukcyjno-budowlaną na drogową (zmiana punktu 8.2.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
P. D. realizował więc roboty budowalne w Psarach, a błędem było wpisanie nazwy zadania. Przystępujący do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu załączył kopię umowy,
z której treści wynika, że kierownikiem budowy był p. D. . Nie było to celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd, natomiast biorąc pod uwagę przesłanki wykluczenia, wykonawca musi cechować się winą za wpisanie danych.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień, więc nie neguje możliwości takiego

wezwania. Zamawiający co najwyżej mógłby nie przydzielić punktów za tę realizację, gdyby uznał, że nie można zmienić treści pozycji nr 5. Błędny wpis nie jest istotnym elementem, a istotność jest przesłanką wykluczenia.
W punkcie 24.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że będzie oceniał realizację „w ramach każdej roboty", nie ma więc odniesienia do jednej inwestycji, jednego zadania itd. W zawartej umowie na realizację przy ul. Długosza został wskazany cały zakres składający się na roboty budowlane, który odnosił się do trzech różnych robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, gdyż były to trzy osobne obiekty, spośród których dwie przekraczały wskazaną przez Zamawiającego wartość 150.000,00 zł oraz obejmowały ułożenie mat przerostowych. Treść specyfikacji nie była kwestionowana i nie może być modyfikowana. Wskazał, iż w uchwale KIO/KD 3/09 zawarto ocenę, czy jedna inwestycja oznacza jedne roboty budowalne i wskazano, czy w ramach jednej inwestycji może być wykonywany szereg robót.
W swojej symulacji punktacji Odwołujący połączył obie realizacje w Sosnowcu w jedną realizację. Przy przyjęciu dwóch realizacji punktacja ta będzie inna i to, czy realizacja
w gminie Psary będzie zaliczona, czy też nie, nie ma wpływu na wynik postępowania.
Przystępujący wyjaśnił, że określenie „mata przerostowa" stosuje się do maty gumowej, do której wsypuje się kamyczki. Natomiast mata Flexi Zone jest wyższym stopniem zawansowania, gdyż nie stosuje się owych kamyczków. Natomiast „maty przerostowe" to maty bezpieczne, amortyzacyjne, zatem mata Flexi Zone mieści się w tym pojęciu. Przedstawił dokument obrazujący, co to są maty przerostowe oraz maty FLEXI ZONE. Maty przerostowe są znacznie twardsze, dlatego wymagają porostu trawy, aby zamortyzować upadek. Maty FLEXI ZONE są matami bezpiecznymi i spełniają wskazane normy PN-EN 1177. Oba podłoża są podłożami bezpiecznymi.
W kwestii zaoferowanej ceny Przystępujący podkreślił, iż Zamawiający otrzymał kosztorysy ofertowe, a wzywając do wyjaśnień nie wskazał, by Przystępujący miał mu w zakresie tych kosztorysów cokolwiek wyjaśnić, co oznacza, że nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do wskazanych w nich cen. Jeśli wezwanie było na tak dużym poziomie ogólności, to tak też została udzielona odpowiedź. Nie wiadomo było bowiem, o co Zamawiający pyta, skoro wartości miał już w ofercie. Nie jest więc tak, że Przystępujący czegoś nie udowodnił. Wskazał na wyrok KIO 150/20 mówiący o wezwaniu w takiej sytuacji.
Odwołujący w odwołaniu odnosi się do 5 pozycji kosztorysu, a podczas rozprawy wskazał na 19 pozycji, zatem wykroczył poza zakres zarzutów. Poza tym zastawienie to zostało sporządzone w sposób tendencyjny, gdyż przy porównaniu kosztorysu Odwołującego
i Przystępującego można stwierdzić, że aż 30 pozycji kosztorysu Odwołującego zawiera niższe wartości niż u Przystępującego. Średnia arytmetyczna poszczególnych pozycji kosztorysowych nie jest podstawą do weryfikowania ceny, a ustawa Prawo zamówień publicznych, mówiąc o średniej arytmetycznej, odnosi się do całości oferty, a nie poszczególnych pozycji.
Jeśli chodzi o kwietniki, to kosztorys Przystępującego w tym zakresie składa się z 7 pozycji. Jeden metr ekobordu to koszt poniżej 8 zł, ale w kosztorysie jest już 23,00 zł.
W pozycjach: 7, 8, 10, 12, 23, 24, 26-30, 37, 46-48, 58, 63, 64, 66, 70, 75-78, 96, 99-101, 116 i 117 kosztorysu ofertowego Odwołującego wartości podane przez Odwołującego są niższe. Przy czym dla pozycji 37. to 6.000,00 zł różnicy, dla poz. 46. to 7.000,00 zł różnicy, dla pozycji 58. to 60.000,00 zł różnicy, dla pozycji 66. to 22.000,00 zł różnicy, dla pozycji 96. to 7.000,00 zł różnicy. Oznacza to, że każdy wykonawca dokonywał indywidulanej wyceny.
Zauważa, że minimalne wynagrodzenie za pracę ma być zgodne z przepisami prawa, a nie
z Sekocenbudem, również Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odnosi się do Sekocenbudu. Przy czym w punkcie 9.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał jedynie, że wykonawcy mają sporządzić kosztorysy ofertowe metodą uproszczoną.
Przystępujący podkreślił, że nie jest tak, że cena 19,00 zł za roboczogodzinę odnosi się do stawki wynagrodzenia, należy bowiem do niej doliczyć 65% kosztów pośrednich oraz procent wartości zysku, czyli nie będzie to 19,00 zł, tylko kwota wyższa. Poza tym zakresu robót nie można oceniać tylko pod względem roboczogodziny, ponieważ przy tego typu nawierzchniach kwota ta przekształca się na koszt m^2. Po każdym kosztorysie Przystępującego jest zestawienie robocizny: 23.189,920 + 4.788,00 = 238.977,90 za samą robociznę. Zatem biorąc pod uwagę termin realizacji do 10 maja 2021 r. i przyjmując, że okres realizacji to 6 miesięcy (choć obecnie już krócej), daje to 6 miesięcy x 22 dni robocze x 8 godzin = 10.564 godziny, przy porównaniu do kwoty 238.979,90 zł wartość faktyczna do zarobienia to 226,30 zł/godz.
Gdyby Odwołujący rzeczywiście przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 35,00 zł, jak wskazał, to wycena jego pozycji nie byłaby taka jak w jego kosztorysie. Wskazuje to także, iż wyciąganie pojedynczych wartości z kosztorysu jest nieuprawnione.
Przystępujący wskazał, że praca spycharki w kosztorysie Przystępującego to 50,00 zł. Jeśli porówna się to z KNR, to wychodzi wartość wskazana w kosztorysie. Odwołujący wskazał, że wartość przywołanej przez niego pozycji powinna być dwa razy większa, ale nie wskazał, z czego to wynika.
Przystępujący przedstawił oświadczenie własne dotyczące zatrudniania pracowników na podstawie umów o pracę ze zgodnym z prawem wynagrodzeniem.
Zarzut Odwołującego dotyczący rażąco niskiej ceny w większości odnosi się do stawki roboczogodziny poniżej kosztów minimalnych. Na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawia jednak żadnego dowodu. Z kosztorysu ofertowego Przystępującego można wyczytać liczbę roboczogodzin, nakłady pracy maszyn itd. Nie ma zarzutu, że informacje dotyczące np. roboczogodzin, zawarte w podsumowaniu kosztorysów, są niewiarygodne. Od dnia rozprawy termin realizacji to 59 dni roboczych, czyli koszt roboczogodziny to 506,00 zł, natomiast licząc od dnia składania ofert było to 235,21 zł.
Przystępujący podkreślił, że nie ma zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do ceny ofertowej. Odwołujący odnosi się tylko do poszczególnych pozycji, przy czym wskazuje na pozycje, które nie wyczerpują całego zakresu czynności. Odwołujący wskazuje na 7 ze 125 pozycji kosztorysu.
Przystępujący jest z Dąbrowy Górniczej, podczas gdy siedziba Odwołującego oddalona jest o 300 km, zatem Odwołujący musi albo skorzystać z podwykonawców, albo wynająć sprzęt, albo go przetransportować. Gdyby Zamawiający chciał szczegółowo badać kosztorysy, powinien zweryfikować stosunek cen tych kosztorysów do realnych kosztów ponoszonych przez poszczególnych wykonawców.
Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyceny, ponieważ wszystko zostało opisane w kosztorysach ofertowych, co do których Zamawiający nie zadał żadnych pytań.
IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów
(w szczególności treść złożonych przez Przystępującego dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień jej treści) nie jest sporny między Stronami
i Przystępującym.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego,
w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Odwołującego i Przystępującego wraz ze złożonymi przez nich dokumentami, przedstawionych podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.
Czynnościom tym Odwołujący zarzucił naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo że ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na wskazaniu, że dysponuje kierownikiem budowy pełniącym funkcje kierownika budowy, kiedy to osoba wskazana przez wykonawcę posiada doświadczenie (pełniła rzeczywiście funkcję) kierownika robót drogowych, a Przystępujący wskazał dwa osobne zadania, na których wyznaczona osoba pełniła funkcję kierownika robót branży drogowej w ramach inwestycji
w Sosnowcu, podczas gdy była to jedna inwestycja, a nie podzielona na odrębne dwa zadania oraz na wskazaniu, że wykonawca zrealizował zadanie, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto w ramach inwestycji realizowanej dla Gminy Psary, kiedy to taka inwestycja nie była realizowana,
2. art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień (względnie przedłożenia stosownych dowodów) w kontekście okoliczności związanych ze wskazanym
w ofercie doświadczeniem A. D. oraz z realizacją inwestycji realizowanej
w ramach zamówienia publicznego udzielonego przez Gminę Psary,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
z których wynika, że wykonawca ten przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,
4. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. oferty, które są rażąco niskie w związku
z zaoferowaniem przez Przystępującego rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że ww. ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie,
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie, że ceny i istotne części składowe oferty wykonawcy nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie,
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. oferty złożonej jako oferta stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji,
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,
8. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jest ona niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,
9. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. z postanowieniami nakazującymi zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie zgodnym z minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,
10. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta zawierała informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, w zakresie dotyczącym doświadczenia osoby wskazanej jako kierownika budowy, którego nie posiadał,
11. art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,
12. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez wybór niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.
Wskazane powyżej przepisy stanowią:
Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne
i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.
Art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wzywa także,
w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.
Art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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:
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 2018 r. poz. 2177);
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.
Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.
Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje
i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji : Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.
Po zapoznaniu się z powyższymi zarzutami postawionymi w odwołaniu Izba stwierdziła, że pomimo przytoczenia przez Odwołującego wielu przepisów oraz podziału w *petitum* na liczne punkty, zarzuty odwołania są w istocie dwa, tj. przedstawienie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji dotyczących osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu tych informacji) oraz wskazanie w ofercie Przystępującego ceny rażąco niskiej.
W konstatacji tej Izba wzięła pod uwagę, iż, zgodnie z praktyką orzeczniczą, zarzut nie jest jedynie wskazaniem przepisu prawnego, ale stanowi całość z jego uzasadnieniem. Dodatkowo, niektóre okoliczności określane jako „zarzuty" ze swojej istoty nie są samodzielne lub są jedynie konsekwencją innych okoliczności, jak np. odnoszące się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inne okoliczności z kolei nie mogą się ziścić bez wystąpienia zdarzeń koniecznych na wcześniejszym etapie, jak np. odrzucenie oferty ze względu na stwierdzenie ceny rażąco niskiej bez prawidłowego przeprowadzenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Za zarzut nie można także uznać jedynie samego wskazania przepisu (jak np. art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), bez przedstawienia w tym zakresie żadnej argumentacji, do jednego przepisu bowiem można przyporządkować wiele stanów faktycznych, a tym samym nieprawidłowe działanie zamawiającego przez podanie samego przepisu nie zostało skonkretyzowane.
Dodatkowo, w niektórych okolicznościach zakres stosowania przepisów może się pokrywać
i być konsumowany przez przepis bardziej adekwatny do sytuacji lub tradycyjnie w danej sytuacji stosowany. Dzieje się tak często w przypadku przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w pojęciu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia mieści się również błąd w obliczeniu ceny lub inna niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych – jeśli jednocześnie wchodzą w kolizję z wymaganiami specyfikacji). Podobnie może się dziać w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W związku z powyższym Izba uznała, jak wskazała na wstępie, że niniejsze odwołanie sprowadza się w istocie do dwóch zarzutów.
Co do zarzutu przedstawienia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji dotyczących osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy Izba stwierdziła, że Odwołujący w zarzucie tym powołał się na art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią odpowiednio, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie

przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).
Jak słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący w odwołaniu nie odniósł się do zarzutu niespełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, co Odwołujący potwierdził podczas rozprawy, a jego zarzut koncentruje się na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w zakresie kryteriów oceny ofert. Tym samym przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszący się wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.
W rozdziale 24. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał kryteria oceny ofert: cena 60% oraz doświadczenie kierownika budowy 40%. W ramach doświadczenia kierownika budowy Zamawiający miał oceniać (punkt 24.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia): doświadczenie kierownika budowy, o którym mowa
w punkcie 8.2.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena miała być dokonana na podstawie informacji o doświadczeniu osoby wyznaczonej do pełnienia tej funkcji
i wskazanej w formularzu ofertowym, na podstawie informacji o doświadczeniu osoby wskazanej w załączniku nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
„24.2.2.1. Za wykazane doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót przy wykonaniu budowy lub przebudowy lub modernizacji nawierzchni o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto w ramach każdej roboty – Wykonawca może otrzymać 10 pkt. (maksymalnie 2 roboty i 20 pkt.).
24.2.2.2. Za wykazane doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót przy wykonaniu budowy lub przebudowy lub modernizacji siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto w ramach każdej roboty – Wykonawca może otrzymać 5 pkt. (maksymalnie 4 roboty
i 20 pkt.).
24.2.2.3. Za brak wykazanego doświadczenia jw. Wykonawca otrzyma 0 pkt. Zamawiający dopuszcza uzyskanie punktów z obydwu ww. zakresów w ramach jednej roboty, jeżeli zrealizowana robota obejmowała je obydwa. W przypadku wylegitymowania się większą liczbą robót niż maksymalna Zamawiający oceni wyłącznie, pierwsze 2 ujęte w wykazie roboty z zakresu pkt. 24.2.2.1. SIWZ i pierwsze 4 roboty z zakresu pkt. 24.2.2.2. SIWZ."
zakres robót, w wykonaniu którego faktycznie uczestniczył.
Punkt 8.2.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do którego odnosi się punkt 24.2.2, dotyczy wskazania w ramach warunku udziału w postępowaniu osoby, którą wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnej za kierowanie robotami budowlanymi tj. 1 osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy
z uprawnieniami do kierowania robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo budowlane lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami budowlanymi wydanymi na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa.
W wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 4 listopada 2020 r. (odpowiedź nr VIII) Zamawiający zmienił wymagania z branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń na branżę drogową bez ograniczeń.
W ofercie Przystępujący zadeklarował, że osoba wymagana w kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy" (pkt 24.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nabyła doświadczenie z zakresu określonego w punkcie 24.2.2.2 w ilości 2 robót oraz doświadczenie z zakresu określonego w punkcie 24.2.2.2. w ilości 4 robót (pkt 5. formularza ofertowego).
W załączniku nr 1A „Wykaz osoby dla spełnienia kryterium oceny ofert – doświadczenie kierownika budowy" wskazał, że kierownik budowy wskazany w punkcie 5. formularza ofertowego, tj. A. D. posiada następujące doświadczenie z zakresu określonego
w punktach 24.2.2.1 i 24.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
1) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja nawierzchni o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto: Budowa kompleksu sportowo-rekreacyjnego przy ul. Zawilców w Mikołowie – etap I w tym budowa bieżni oraz boiska
z nawierzchni syntetycznych, Nazwa Inwestora: Urząd Miasta Mikołów, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik budowy, Wartość zamówienia w zł brutto: 4.184.600,00 zł brutto w tym wartość ww. zakresu: min. 1.100.000,00 zł brutto,
2) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja nawierzchni o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto: Zagospodarowanie terenu wraz
z budową drogi dojazdowej, parkingu oraz budową infrastruktury towarzyszącej nad rzeką Czarną Przemszą w rejonie Brzozowica – Zagłębiowski Park Linearny – rewitalizacja obszaru funkcjonalnego doliny rzek Przemszy i Brynicy – Miasto Będzin – Brzozowica, Nazwa Inwestora: Miasto Będzin, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik robót drogowych, Wartość zamówienia w zł brutto: 3.165 989,25 zł brutto w tym wartość ww. zakresu 1.119.669,00 zł brutto,
3) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto: Budżet Obywatelski – place zabaw, siłownie, street workout, strefa zieleni – Część II – modernizacja placu zabaw, budowa siłowni i street workoutu ul. Długosza „wymarzony plac zabaw" w tym budowa placu zabaw na matach przerostowych, Nazwa Inwestora: Miasto Sosnowiec, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik robót drogowych, Wartość zamówienia w zł brutto: 209.100,00 zł brutto w tym wartość ww. zakresu:185.003,32 zł brutto,
4) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto: Budżet Obywatelski – place zabaw, siłownie, street workout, strefa zieleni – Część II – modernizacja placu zabaw, budowa siłowni i street workout
ul. Długosza w tym plac zabaw na matach przerostowych, Nazwa Inwestora: Miasto Sosnowiec, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik robót drogowych, Wartość zamówienia w zł brutto: 468.876,00 zł brutto w tym wartość ww. zakresu 229.405,86 zł brutto,
5) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto: Zagospodarowanie terenu przy OSP w Preczowie na cele turystyczne i rekreacyjno-sportowe w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 w tym siłownia zewnętrzna na matach przerostowych, Nazwa Inwestora: Gmina Psary, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik robót drogowych, Wartość zamówienia w zł brutto: 723.240,00 zł brutto w tym wartość ww. zakresu 166.667,31 zł brutto,
6) Nazwa zadania, którego przedmiotem była budowa lub przebudowa lub modernizacja siłowni na matach

przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto: Zagospodarowanie parku w Kluczach w tym plac zabaw na nawierzchni przerostowej, Nazwa Inwestora: Urząd Gminy Klucze, Nazwa pełnionej funkcji: kierownik budowy, Wartość zamówienia w zł brutto: 617.575,39 zł brutto, w tym wartość ww. zakresu: 154.394,09 zł brutto.
Sporne w niniejszej sprawie były pozycje nr 3, 4 i 5. Wszystkie te pozycje dotyczą zakresu doświadczenia odnoszącego się do punktu 24.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót przy wykonaniu budowy lub przebudowy lub modernizacji siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości minimum 150.000,00 zł brutto w ramach każdej roboty.
Jak zauważył Przystępujący, Zamawiający w opisie doświadczenia odniósł się do pojęć budowy, przebudowy i modernizacji oraz „roboty" (tj. jak w ocenie Izby należy tłumaczyć: jednych robót budowlanych). Są to pojęcia z zakresu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowalne (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333), które, zgodnie z art. 3 tej ustawy oznaczają: budowa – wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego; przebudowa – wykonywanie robót budowlanych,
w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji;
w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego; roboty budowlane – budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego; obiekt budowlany – budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Modernizacja nie jest pojęciem w ustawie Prawo budowlane zdefiniowanym, oznacza „unowocześnienie" i w zależności od zakresu prac może w istocie stanowić budowę, przebudowę lub remont.
Co więcej, owa budowa, przebudowa lub modernizacja mają dotyczyć siłowni na matach przerostowych lub placu zabaw na matach przerostowych o wartości liczonej dla każdych robót (osobno).
Tym samym, w ocenie Izby, uprawnione było przyjęcie, że każda siłownia lub plac zabaw
o wartości przekraczającej 150.000 złotych, mogą być wykazywane jako osobny obiekt, nawet jeśli zostały objęte jednym zadaniem inwestycyjnym.
Przystępujący wykazał podczas rozprawy, że wskazane przez niego realizacje dla Miasta Sosnowiec, pomimo lokalizacji przy jednej ulicy, były osobnymi placami zabaw/siłowniami (osobnymi obiektami budowalnymi), jak też wartość każdego z nich przekraczała 150.000 złotych.
Tym samym Izba uznała, że Przystępujący wykazał doświadczenie zgodne z wymaganiami punktu 24.2.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie przedstawił w tym zakresie nieprawdziwych informacji lub też informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.
Natomiast w odniesieniu do realizacji wskazanej w pozycji 5. wykazu, tj. zagospodarowania terenu przy OSP w Preczowie na cele turystyczne i rekreacyjno-sportowe w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, w tym siłownia zewnętrzna na matach przerostowych, w którym inwestorem była Gmina Psary, Przystępujący przyznał, że w zadaniu tym A. D. nie pełnił wskazanej funkcji kierownika robót drogowych, zadanie to wskazano omyłkowo. Pełnił ją natomiast
w inwestycji Gminy Psary dotyczącej zagospodarowania przestrzeni publicznej przy remizie OSP w Psarach. Jak dodatkowo wyjaśnił Przystępujący, przy przedmiotowej realizacji wykorzystano maty Flexi Zone, co, jego zdaniem, wypełnia wymogi kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 24.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W ocenie Izby jednak nastąpiła sytuacja opisana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. Przystępujący w wyniku (co najmniej) lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Nawet jeśli bowiem był to z jego strony błąd pracownika przy wpisywaniu inwestycji, nie zmienia to faktu że – po pierwsze – podmiot ten jako wykonawca (niezależnie, czy była to wina pracownika, samego przedsiębiorcy osobiście, czy innej osoby, której powierzył wykonywanie czynności) bezsprzecznie nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu oferty i to w tak istotnej kwestii, jaką są dane poddawane ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Nawet jeśli nie było to działanie celowe wykonawcy (lub pracownika), to błąd przy wpisywaniu nazwy inwestycji (samo popełnienie błędu, jak też brak należytego sprawdzenia wpisanych informacji) można uznać co najmniej za niedbalstwo z jego strony.
Po drugie – nie jest to, jak wskazał Przystępujący, sytuacja nieznacząca i nieistotna, gdyż punkty uzyskane za tę realizację nie wpływają na ranking ofert.
Wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych „informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu" jest bowiem określeniem rodzaju informacji, a nie ich skutku dla postępowania. Informacje dotyczące kryteriów oceny ofert (podobnie jak informacje dotyczące warunków udziału
w postępowaniu) są ze swojej natury informacjami bardzo ważnymi, a tym samym „informacjami mającymi istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu", gdyż dotyczą oceny ofert. Natomiast sam fakt, czy w danej sytuacji mają one wpływ na ranking wykonawcy, jest drugorzędny, zależy bowiem od przypadku, tj. jak ułoży się sytuacja w danym postępowaniu, które oferty zostaną odrzucone i jaką akurat liczbę punktów otrzymają inni wykonawcy.
Nie jest więc tak, że w przypadku stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji czy też informacji wprowadzających w błąd, wykonawca po prostu nie otrzyma punktów za daną, nieprawdziwą realizację.
Tym bardziej, że wskazana jako prawidłowa realizacja dotycząca zagospodarowania przestrzeni publicznej przy remizie OSP w Psarach nie spełnia przedmiotowego wymogu punktu 24.2.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wymogu tym bowiem wyraźnie wskazano nie na jakiekolwiek maty bezpieczne, lecz na maty przerostowe, których istota polega na takiej budowie, że może przez nie przerastać trawa (posiadają stosowne otwory). Natomiast do realizacji przy remizie OSP w Psarach, jak wskazał Przystępujący, wykorzystano maty Flexi Zone, które również są matami bezpiecznymi, jednak nie są matami przerostowymi (są w całości zabudowane, nie posiadają otworów pozwalających na przerost trawy). Wyraźnie wynika to ze specyfikacji mat przestawionej przez Przystępującego podczas rozprawy, jak też z oświadczenia złożonego przez Gminę Psary.
Powyższa wada oferty Przystępującego jest nienaprawialna.
W związku z powyższym Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania.

W zakresie zarzutu przedstawienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny Izba stwierdziła, że Zamawiający, pismem z 19 listopada 2020 r., wezwał Przystępującego do wyjaśnień formułując je w następujący sposób: „Zamawiający mając na względzie, że deklarowana przez Państwa Firmę cena oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym
w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 5.350.000 euro na zadanie j.w. jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, wzywa na podstawie art. 90 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.); 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. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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. Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia…”
W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Przystępujący, w piśmie z 24 listopada 2020 r., oświadczył, że „cena ofertowa jest ceną umożliwiającą zrealizowanie objętych postępowaniem obiektów w sposób należyty z odpowiednim zyskiem po stronie wykonawcy
i bez uchybiania przepisom o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Wykonawca regularnie składa oferty o od 30 do 40% niższe niż wyceny inwestorskiej, a mimo to obiekty sportowo-rekreacyjne realizuje z należytą jakością, co potwierdzają otrzymane referencje. Dla przykładu wskazać można trzy obiekty ujęte
w jednym postępowaniu prowadzonym przez UM w Częstochowie, wycenione przez Wykonawcę na odpowiednio 65,31% wartości kosztorysowej brutto zamówienia (SP nr 1), 63,27% wartości kosztorysowej brutto zamówienia (Gimnazjum nr 7) oraz 60,56% wartości kosztorysowej brutto zamówienia (Gimnazjum nr 17). W ich przypadku również Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rzekomo rażącej niskiej ceny, a następnie obiekty te zrealizował w terminie i z zachowaniem walorów jakościowych, co potwierdzają stosowne referencje. Skoro oferent jest w stanie zrealizować zamówienie za niewiele ponad 60% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego, to tym bardziej jest w stanie zrealizować podobne rodzajowo prace za ok. 66 % takich szacunkowych kosztów. Takie rozbieżności pomiędzy wycenami inwestorskimi (opartymi zazwyczaj na cenach średnich rynkowych)
a cenami możliwymi do uzyskania przez wykonawcę wynikają z ogromnego doświadczenia wykonawcy w realizacji obiektów tego typu, jak również z doskonałego rozeznania rynku dostawców części i surowców oraz dobrych z nimi relacji (przekładających się na korzystne warunki cenowe). Wykonawca dzięki realizowaniu w każdym sezonie budowlanym od kilkunastu do kilkudziesięciu obiektów sportowych i rekreacyjnych (w samym tylko mieście Dąbrowa Górnicza w roku 2018 wykonawca zrealizował prace związane z rewitalizacją terenów rekreacyjnych na kwotę niemal 30.000.000 zł) ma możliwość uzyskiwania wyjątkowo preferencyjnych cen u dostawców nawierzchni sportowych oraz nawierzchni placów zabaw. Różnice pomiędzy cenami, które może uzyskać oferent dzięki hurtowym zakupom tych materiałów oraz dzięki wieloletniej współpracy z dostawcami a cenami, jakie mogą uzyskać inne podmioty (na których zapewne wzorował się twórca kosztorysu inwestorskiego) dochodzić mogą nawet do kilkudziesięciu procent. Nadto, dzięki wieloletniemu doświadczeniu w wykonywaniu obiektów tego rodzaju, z tych samych materiałów od tego samego dostawcy, oferent sprofilował cały wykorzystywany sprzęt pod kątem efektywności wykorzystania materiału oraz posiada doświadczenie pozwalające mu zminimalizować ilość materiału, który ulega utracie przy układaniu nawierzchni. Szczegółowe rozwiązania organizacyjne i techniczne oraz rodzaj użytkowanego sprzętu są objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorcy i nie mogą być ujawnione. Dodatkowo, ogromne doświadczenie w budowie obiektów sportowych i rekreacyjnych tego typu sprawia, iż oferent posiada możliwość zoptymalizowania prac pod kątem ich czasochłonności, dzięki czemu ilość roboczogodzin przeznaczana na większość prac jest znacznie niższa (nawet o połowę) w stosunku do przyjmowanych powszechnie przez kosztorysantów. Szczegółowe rozwiązania organizacyjne i techniczne są objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorcy i nie mogą być ujawnione. Nie bez znaczenia jest w tym miejscu również fakt, iż dzięki zrealizowaniu w poprzednich latach wielu zbliżonych obiektów (z podobnym sprzętem sportowym) oferent uzyskał od dostawców tych urządzeń (sportowych i zabawowych) znaczne rabaty, wynikające z regularnych I tożsamych lub zbliżonych pod względem parametrów zamówień. Oferent w stosunku do swych pracowników stosuje zasady wynagrodzenia nie stanowiące naruszenia przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, przy uwzględnieniu okoliczności, iż w odniesieniu do firm budowlanych specjalizujące się w obiektach sportowych co do zasady spełnione są przyczyny obiektywne uzasadniające przedłużenie okresu rozliczeniowego w myśl art. 129 § 2 kodeksu pracy. Dzięki powyższemu, skumulowanie pracy w okresach, kiedy jest możliwość prowadzenia robót nie powoduje zawsze konieczności zapłaty pracownikom dodatków z tytułu nadgodzin, kompensowane jest to bowiem okresami, w których ilość pracy wykonywanej przez pracowników jest znikoma. Biorąc pod uwagę, iż przez okres pierwszej połowy roku 2020 r oferent prowadził prace w bardzo ograniczonym zakresie (najpierw z uwagi na pogodę,
a następnie względy epidemiczne), a wypłacał swym pracownikom należne wynagrodzenie, przez kolejne miesiące koszt godziny pracy pracownika będzie dla niego *de facto* niższy niż wynikający z podzielenia minimalnego wynagrodzenia za pracę przez ilość godzin pracy wdanym miesiącu (po części bowiem będzie konsumowana przez poniesione w okresie „przestoju” koszty wynagrodzeń). Kolejną okolicznością pozwalającą obniżyć zaoferowaną cenę jest to, że miejsce prowadzenia prac znajduje się około 2 km w linii prostej od siedziby wykonawcy, co sprawia, że koszty związane z transportem pracowników i materiałów oraz logistyką zaplecza budowy są niewspółmiernie niższe niż na jakichkolwiek innych inwestycjach zamawiającego (na których – jak wyżej wskazano i tak z powodzeniem realizował prace za ceny jeszcze niższe w stosunku do wycen inwestorskich). Dodatkowo, tak bliskie położenie placu budowy pozwala uniknąć kalkulowania kosztów noclegów czy diet dla pracowników w związku z pracą w podróży służbowej. Również koszty ochrony sprzętu pozostawianego na placu budowy mogą być pominięte (cały sprzęt w razie potrzeby może być bowiem odstawiany do siedziby wykonawcy). W świetle powyższego oferent domaga się uznania powyższych wyjaśnień za podstawę do uznania, iż jego oferta nie stanowi oferty zawierającej rażąco niską cenę, a rozbieżność pomiędzy ceną oferenta a ceną z wyceny inwestorskiej Zamawiającego wynika z rażącego zawyżenia wartości prac w wycenie inwestorskiej (od której to wartości odbiegają istotnie niemal wszystkie złożone oferty). Za realnością ceny

zaoferowanej przez wykonawcę świadczy fakt, że z pozostałych oferentów aż 4 złożyło oferty o ok 1.000.000 zł lub więcej niższe niż kwota, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia zamawiający. W zakresie ok. 300.000,00 zł (czyli mniej niż 10% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego) mieszczą się zaś aż 4 oferty w tym oferta wykonawcy, która wcale nie jest najniższa. Jeżeli zaś 4 niezależnie od siebie działających przedsiębiorców, posiadających doświadczenie w realizacji obiektów tego typu, wycenia dane prace w sposób tak zbliżony (mieszcząc się w zakresie kilku procent), to jest to najlepszym dowodem na to, że nie można ofercie wykonawcy zarzucić, iż Jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych" a co za tym idzie nie sposób uznać, iż jest ona rażąco niska."
Oceniając powyższe wyjaśnienia Przystępującego należy przede wszystkim zauważyć, że częścią oferty wymaganą od wykonawców był kosztorys ofertowy, który w przypadku Przystępującego obejmował 26 stron. Przystępujący złożył także karty katalogowe przewidzianego do zastosowania sprzętu siłowni zewnętrznej.
Zatem wezwanie Zamawiającego sprowadzające się do zacytowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a pomijające w ogóle szczegółowe dane cenowe wynikające
z tego kosztorysu należy uznać za rażąco nieprawidłowe. Jakie bowiem dalsze wyjaśnienia poziomu swojej ceny może złożyć wykonawca w przypadku, gdy Zamawiający w ogóle nie odniósł się do szczegółowego wykazania kosztów realizacji zamówienia, które zostały złożone w ofercie. Jak też – na którą z możliwych okoliczności ma przedstawić dowody dotyczące poprawności swojej ceny (do której/ których z pozycji kosztorysu i w jakim zakresie).
Tym samym w takim przypadku wyjaśnienia, które w innej sytuacji byłyby jednoznacznie uznane za ogólnikowe i nic nie wnoszące do wyjaśnienia oferty, a więc niezłożone merytorycznie, należy uznać za próbę wykazania, jakimi to szczególnymi metodami oszczędności wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania czy kosztami pracy charakteryzuje się wykonawca, które pozwoliły mu na wskazanie korzystnej ceny – skoro, zdaniem Zamawiającego, nie wynika to ze szczegółowego zestawienia cen zawartego w kosztorysie.
Taki sposób wezwania powoduje też, że oferty Przystępującego nie można na tym etapie postępowania odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wyjaśnienia poziomu ceny oferty nie zostały w stosunku do niego przeprowadzone.
Tym samym, nawet jeśli Odwołujący miałby słuszność w zakresie istnienia w ofercie ceny rażąco niskiej, odrzucenie oferty Przystępującego nie byłoby możliwe ze względów proceduralnych. Ze względu zaś na stwierdzenie, że Przystępujący podlega wykluczeniu
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, takie wezwanie byłoby bezcelowe – i tym samym Izba takiego wezwania nie nakazała.
Co zaś do samych kwestii związanych ze zbyt niską, zdaniem Odwołującego, wyceną oferty Przystępującego w pozycjach, do których odniósł się w odwołaniu, Izba przyznała rację Przystępującemu, że Odwołujący nie wskazał na zaistnienie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego jako takiej, a jedynie w kilku pozycjach, które trudno uznać za istotne
w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. za istotne części składowe ceny lub kosztu.
Jeśli natomiast chodzi o wskazaną w kosztorysie ofertowym Przystępującego stawkę roboczogodziny, która również kwestionował Odwołujący, należy na wstępie zauważyć, że do 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", odnosi się art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem wchodzą one
w zakres tego przepisu, a w konsekwencji ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (w zakres art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogłyby wchodzić w przypadku odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których w tym przypadku nie ma). W interpretacji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmuje się generalnie, że dotyczy on niezgodności oferty z ustawą Prawo zamówień publicznych lub przepisami wykonawczymi do niej, nie zaś każdej ustawy.
Dodatkowo, stawka wskazana w kosztorysie odnosi się do rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, nie zaś pomiędzy pracodawcą a jego pracownikami, do których odnosi się rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596). Rozporządzenie to wskazuje, że od dnia
1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2.800 zł (§ 1) oraz minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł (§ 2).
Zastosowania do oferty Przystępującego nie ma również rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). Jak wynika z § 1 tego rozporządzenia, określa ono metody
i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie
i wykonanie robót budowlanych – dotyczy więc zamawiających.
Oczywiście, również w stosunku do wykonawców zastosowanie ma wskazana przez Odwołującego idea zawarta w przepisach tego rozporządzenia, tj. by w stawce robocizny zawartej w kosztorysie ofertowym ujmować wszelkie koszty związane z kosztami pracy pracowników. Jednak formalnie wykonawca nie może naruszyć przepisów tego rozporządzenia, skoro nie sporządza kosztorysu inwestorskiego.
Tym samym, jak wskazano powyżej, kwestia zbyt niskiej stawki roboczogodziny wskazanej w kosztorysie Przystępującego rozpatrywana może być w aspekcie ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zatem stwierdzona mogłaby być dopiero po przeprowadzeniu prawidłowych wyjaśnień poziomu ceny. W związku z powyższym na obecnym etapie nie można było stwierdzić, czy zaoferowana przez Przystępującego cena nosi znamiona rażąco niskiej, wezwania zaś się nie stosuje ze względu na wykluczenie wykonawcy z postępowania.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.
Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.
Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:
1) wpis, obejmujący:
a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód
z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;
2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:
a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód
z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów
w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.
Z kolei § 7 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia stanowi, że koszty postępowania ponoszą odwołujący i uczestnik postępowania, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnianie zarzutów odwołania w całości. W takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia, w sposób określony
w powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw (§ 7 ust. 3 rozporządzenia).
W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych, zasądziła zwrot od Przystępującego połowy ww. wpisu w wysokości 5.000 złotych oraz zniosła wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego
i Przystępującego.

Przewodniczący:……..…