Sygn. akt: KIO 919/22

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez D.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Drew-Kos D.R.,

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty

   Spółdzielni Adorol w Adolfowie z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5 zamówienia, odrzucenie oferty Spółdzielni Adorol w Adolfowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie -

   Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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: .....

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny

Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Wykonywanie bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń wodnych na terenie Zarządu Zlewni w Inowrocławiu w latach 2022 - 2023 - obiekty hydrotechniczne. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 003-004782.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Drew-Kos D.R. wniósł odwołanie w zakresie części nr 5 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spółdzielnia Adorol, mimo że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia są zdawkowe, oparte na ogólnych twierdzeniach oraz niepotwierdzone dowodami, co potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; ,

2) art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez Spółdzielnię Adorol, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuwzględnieniu w cenie wszystkich kosztów i składników wraz z narzutami niezbędnych do realizacji zamówienia, w szczególności kosztów koniecznych do spełnienia wymagania w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Spółdzielnię Adorol, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaoferowaniu ceny poniżej kosztów świadczenia usługi w celu wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia pozostałych wykonawców i jest finansowana z innych źródeł;

4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Spółdzielni Adorol jako najkorzystniejszej, mimo że podlega ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 5, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Spółdzielni Adorol i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z postanowieniami SWZ w cenie ofertowej należało uwzględnić wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia w zakresie objętym opisem przedmiotu zamówienia oraz Wzorem umowy dla danej części zamówienia. Z postanowień Opisu przedmiotu zamówienia, załącznika nr 1 do SWZ, oraz załączników do Opisu przedmiotu zamówienia, w tym dokumentu pn. „Zakres czynności i odpowiedzialności pracowników Pompowni Antoniny i Józefowice - Obiekt Antoniny-Szamocin" wynikał obowiązek uwzględnienia specyficznych kosztów, takich jak np. koszty dojazdu na obiekt, koszty wyjazdów koordynatora na odbiory, koszty zakupu środków czystości (uwzględniając, że przedmiot zamówienia obejmuje pompownie), koszt materiałów do drobnych napraw, koszt farb (strażnik melioracyjny ma w obowiązkach m.in. malowanie części metalowych, a farba nie jest wykazana na kosztorysie), koszt sprzętu w zakresie prac związanych z wykaszaniem, odmulaniem itd. W ramach potrzeb. Ponadto w pkt. 4.6 SWZ Zamawiający wyartykułował obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, które w trakcie realizacji zamówienia będą wykonywać czynności określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Dodatkowo w § 5 ust.

1 pkt 9 Wzoru umowy wskazano, że na podstawie art. 95 ustawy Pzp, określono wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Zgodnie z pkt. 10.1.1 pkt 1 SWZ wraz z ofertą należało złożyć

kosztorys ofertowy, którego był przedmiar robót.

Zgodnie z § 2 ust. 1 i 3 Wzoru umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma być zgodne ze sporządzonym przez Wykonawcę kosztorysem umownym, a ceny jednostkowe oraz składniki cenotwórcze podane w kosztorysie umownym nie będą podlegać podwyższeniu.

Odwołujący podał, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 275 379,76 zł brutto. W Części 5 postępowania oferty złożyło

2 wykonawców: Adorol z ceną 191 159,38 zł oraz Odwołujący z ceną brutto 271 221,35 zł.

W dniu 17 lutego 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Adorol do złożenia wyjaśnień z uwagi na fakt, że cena podana przez wykonawcę w Części nr 5 wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania. W wezwaniu określono obowiązek złożenia dowodów jako niezbędnego elementu wyjaśnień.

Wykonawca Adorol odniósł się do wezwania w formie jednostronicowego pisma. Wskazał, że w ramach kalkulacji ceny podanej w kosztorysie ofertowym, wykonawca ustalił samodzielnie jedynie dwie zmienne: stawkę roboczogodziny oraz ceny materiałów i usług. Wskazał ogólnie na istnienie wyjątkowo sprzyjających okoliczności realizacji zamówienia spowodowanych w szczególności bliskością obiektów objętych zamówieniem oraz gospodarstwa spółdzielni Adorol, jak również posiadaniem własnych maszyn i urządzeń, jednakże nie przedstawił w tym zakresie dowodów. Ponadto wykonawca nie odniósł się do podania w kosztorysie ofertowym kosztów pośrednich na poziomie 0%, w tym braku wyceny w kosztorysie ofertowym kosztów pośrednich takich jak koszty pozapłacowe, koszty paliwa, koszty polisy OC oraz zysku na poziomie 0%.

Zarzut nr 1

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Adorol potwierdziły nierealność ceny oferty, były zdawkowe (1-stronicowe) oraz nie wyjaśniały kluczowych kwestii budzących wątpliwości (koszt pośredni na poziomie 0%, zysk na poziomie 0%). Ponadto zawarte tam twierdzenia wykonawcy nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, co obiektywnie uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację ich prawdziwości. Nie odnosiły się do konkretnych pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym, nie zawierały jakiejkolwiek kalkulacji pozycji, np. materiałów, muszą być użyte do wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że ze złożonego przez wykonawcę Adorol „Kosztorysu ofertowego na wykonanie bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń wodnych Obiekt Antoniny — Szamocin w okresie od 01.03.2022 r. do 31.12.2023 r.” wynika, że założył on koszty pośrednie realizacji zamówienia na poziomie 0% oraz zysk na poziomie 0%. Oznacza to, że wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty jakichkolwiek kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracowników. W zakresie kosztów pracy wykonawca przyjął stawkę godzinową na poziomie 19,70 zł/godzina, co przy uwzględnieniu wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej oznacza, że stawka ta konsumowana jest w całości przez samo wynagrodzenie pracownika.

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, że wykonawca Adorol skalkulował swoją cenę nie zakładając uzyskania jakiegokolwiek zysku z tytułu realizacji zamówienia. Tymczasem w ramach wyjaśnień wykonawca Spółdzielnia Adorol nie odniósł się w ogóle do kosztów pośrednich realizacji zamówienia na poziomie 0% ani do założonego zysku na poziomie

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Adorol wskazał, że w celu skalkulowania kosztów pracy przyjął stawkę godzinową na poziomie 19,70 zł/godzina. Nie przedstawił on jednak jakichkolwiek dowodów, że przy realizacji zamówienia zaangażuje osoby zatrudnione za przy uwzględnieniu 19,70 zł/ godzina. Wykonawca Spółdzielnia Adorol nie przedstawił chociażby przykładowej zanonimizowanej umowy o pracę czy dokumentacji płacowej. Nie była zatem możliwa weryfikacja przez Zamawiającego prawdziwości tych twierdzeń.

Dalej Odwołujący podniósł, że wykonawca Adorol wskazał, że ceny materiałów określił w oparciu o dane z lokalnych hurtowni obowiązujące w dniu sporządzania kosztorysu, zaś koszt wykonania pomiarów elektrycznych uzgodniono z ich dotychczasowym

wykonawcą. Nie przedstawił on jednak oferty z lokalnej hurtowni z dnia sporządzania kosztorysu czy korespondencji z lokalną hurtownią. Brak również dowodu na uzgodnienia z dotychczasowym wykonawcą pomiarów elektrycznych. Nie wiadomo również dlaczego koszt wykonania pomiarów elektrycznych miałby być analogiczny jak w przypadku dotychczasowego wykonawcy, mając na względzie inflację, rosnące koszty pracy oraz materiałów.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca Adorol wskazał, że posiada maszyny i urządzenia, które na co dzień wykorzystywane są w bieżącej działalności, a w miarę potrzeb służą wykonywaniu prac z zakresu konserwacji i utrzymania urządzeń wodnych oraz pozwalają, poprzez bieżące wykaszanie utrzymać porządek wokół nich. Brak jest jednak dowodów, że wykonawca Spółdzielnia Adorol faktycznie dysponuje maszynami i urządzeniami. Nie przedstawiono chociażby wykazu środków trwałych czy nawet nie wypisano maszyn i urządzeń z podaniem ich nazw i zastosowania. Zamawiający nie mógł więc dokonać weryfikacji prawdziwości twierdzeń o posiadanych maszynach i urządzeniach.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca Adorol wskazał, że w bezpośredniej bliskości obiektów objętych zamówieniem publicznym, działalność łąkarsko-rybacką prowadzi jeden z zakładów wchodzących w skład spółdzielni, co pozwala uniknąć kosztów dojazdu czy dowozu pracowników i pozwala optymalnie wykorzystać ich czas pracy. Wykonawca nie wskazał jednak dokładnej lokalizacji zakładu wchodzącego w skład spółdzielni. Nie przedstawiono również przykładowej umowy o pracę osób, które mają być zaangażowane w realizację zamówienia, gdzie wskazano by konkretny zakład wykonawcy Adorol. Zamawiający nie mógł więc ustalić, czy obiekt ten istotnie znajduje się w bezpośredniej bliskości obiektów objętych przedmiotem zamówienia ani nie mógł zweryfikować czy w umowach o prace faktycznie wskazano jako miejsce wykonywania pracy obiekt znajdujący się w bezpośredniej bliskości obiektów objętych przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, skoro wyjaśnienia wykonawcy Adorol były zdawkowe (1-stronicowe), oparte na ogólnych twierdzeniach oraz niepotwierdzone dowodami, to Zamawiający powinien uznać, że nie potwierdziły one realności ceny oferty tego wykonawcy. W szczególności Zamawiający powinien uwzględnić fakt, że wykonawca powołał się na szereg dostępnych mu okoliczności umożliwiających zaoferowanie ceny na niskim poziomie (ustalenie cen materiałów z lokalną hurtownią, bezpośrednia bliskość obiektów objętych zamówieniem do zakładu wchodzącego w skład spółdzielni, zatrudnienie osób w pobliskim zakładzie wchodzącym w skład spółdzielni; dysponowanie maszynami i urządzeniami do prac z zakresu konserwacji i utrzymania urządzeń wodnych), lecz okoliczności te nie zostały wykazane jakimikolwiek dowodami.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie ceny ofertowej bez uwzględnienia wszystkich składników kosztów pracy oraz bez uwzględnienia kosztów pośrednich oraz zysku z tytułu realizacji usługi, przy jednoznacznych postanowieniach SWZ nakazujących uwzględnienie w cenie ofertowej wszystkich kosztów i składników wraz z narzutami niezbędnych do wykonania całości przedmiotu zamówienia, stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca nie zastosował się bowiem do ustanowionych w niniejszym postępowaniu wymagań w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty i nie zaoferował ceny uwzględniającej realne koszty, które muszą wystąpić w związku ze świadczeniem usług bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń wodnych.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Adorol nie uwzględnił w wycenie niezbędnego składnika kosztów pracy w postaci kosztów pozapłacowych (kosztów pracodawcy). Odwołujący podkreślił, że przy kalkulacji ceny oferty wykonawcy powinni uwzględniać nie tylko koszty wynagrodzenia brutto pracowników, ale również pozapłacowe koszty pracy, takie jak składki na ubezpieczenie społeczne czy Fundusz Pracy. Oznacza to, że wykonawcy powinni skalkulować realizacji zamówienia z uwzględnieniem nie tylko kosztów płacowych (wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę), lecz również z uwzględnieniem składek emerytalnych, rentowych, wypadkowych, składek na Fundusz Pracy i FGŚP. Ponadto wykonawcy w ramach kosztów pozapłacowych powinni uwzględnić koszty obligatoryjne w postaci kosztów urlopów oraz koszty pracownicze wprost związane z wykonywaniem usługi: koszty ubrań roboczych, prania ubrań roboczych, koszty badań pracowników i szkoleń BHP, koszty zastępstw związanych z zachorowaniami. Ponadto pracodawca powinien również uwzględnić konieczność dokonywania wpłat na PPK. Tymczasem koszty pozapłacowe nie zostały ujęte w kalkulacji ceny wykonawcy Adorol. Z kosztorysu ofertowego wynika, że stawka roboczogodziny podana w kosztorysie wystarcza jedynie na pokrycie kosztu wynagrodzenia brutto pracownika na poziomie minimalnej stawki godzinowej określonej w § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie

wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. 2021 poz. 1690) wynoszącej 19,70 zł.

Odwołujący podniósł, że koszty pracodawcy nie zostały uwzględnione w żadnej innej pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy Adorol, w szczególności nie zostały ujęte w kosztach pośrednich, których wartość zgodnie z kosztorysem wynosi 0%.

Zdaniem Odwołującego, fakt uwzględnienia w kalkulacji jedynie niepełnych kosztów płacowych wynika z wyjaśnień, w których wykonawca wskazał jedynie na uwzględnienie w cenie stawki godzinowej pracowników na poziomie stawki minimalnej, nie odnosząc się w żaden sposób do kosztów pozapłacowych (kosztów pracodawcy). Odwołujący stwierdził, że koszty pracodawcy dla minimalnego wynagrodzenia w 2022r. (tj. 3010,00 zł brutto) wynoszą 616,46 zł i obejmują: ubezpieczenie emerytalne 293,78 PLN, ubezpieczenie rentowe 195,65 PLN, ubezpieczenie wypadkowe 50,27 PLN, Fundusz Pracy 73,75 PLN, FGŚP 3,01 PLN. Stawka 19,70 w ofercie nie obejmuje tych kwot. Nie ma ich również w kosztach pośrednich, ponieważ w ofercie Adorol wynoszą one „0". W rezultacie podana przez wykonawcę stawka 19,70 zł jest niewystarczająca dla pokrycia wszystkich kosztów koniecznych do spełnienia wymagań dotyczących zatrudnienia pracowników w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zdaniem Odwołującego wykonawca powinien uwzględnić co najmniej 21,67 zł za godzinę (z kosztami pracodawcy), która to kwota wynika z podzielenia kwoty 3626,46 zł (minimalne miesięczne wynagrodzenie z kosztami pracodawcy) / 167,33 (średnia miesięczna ilość godzin pracy w 2022r.).

Zdaniem Odwołującego brak uwzględnienia kosztów pozapłacowych w kalkulacji ceny stanowi błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuwzględnieniu w cenie ofertowej kosztów pracy w minimalnej wymaganej przepisami prawa wysokości. Powyższe oznacza również, że oferta wykonawcy Adorol podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w tym art. 224 ust. 3 pkt 4, z którego wynika, że wartość kosztów pracy 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 2020 r. poz. 2207).

Odwołujący podniósł, że podstawą do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny jest również określenie wysokości kosztów pośrednich oraz zysku na poziomie 0%. Z kosztorysu ofertowego wynika, że wykonawca Adorol nie uwzględnił wystąpienia w przypadku niniejszego zamówienia żadnych kosztów pośrednich, jak również nie założył uzyskania żadnego zysku z tytułu realizacji zamówienia. Powyższe potwierdzają złożone wyjaśnienia, w których wykonawca wskazał wprost, że ustalił i wycenił jedynie dwie zmienne kosztorysu: stawkę roboczogodziny i stawkę materiałów i usług. Zdaniem Odwołującego koszty pośrednie muszą wystąpić w przypadku realizacji niniejszych usług. Typowym przykładem takich kosztów pośrednich mogą być m.in. koszty kredytu, najmu biura, usług telekomunikacyjnych (poczta, telefon). Ponadto muszą wystąpić również takie rodzaje kosztów pośrednich, jak koszty pracodawcy, koszty ubezpieczenia polisy OC firmy, koszty dojazdu na obiekt, koszt odzieży roboczej, koszt wyjazdów koordynatora na odbiory, koszt zakupu środków czystości, koszt paliwa, koszt materiałów do drobnych napraw, koszt farb (strażnik melioracyjny ma w obowiązkach m.in. malowanie części metalowych, a farba nie jest wykazana na kosztorysie), koszt sprzętu w zakresie prac związanych z wykaszaniem, odmulaniem itd. w ramach potrzeb. Są to koszty obligatoryjne, wynikające z wymagań opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy. Brak uwzględnienia kosztów pośrednich w cenie ofertowej, uwzględniając treść pkt 6.5 SWZ, stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że brak uwzględnienia w kalkulacji jednocześnie zysku oraz kosztów pośrednich, które muszą wystąpić w przypadku niniejszego zamówienia, oznacza, że z tytułu realizacji zamówienia wykonawca poniesie stratę. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo, w jaki sposób wykonawca Adorol ma zamiar zrealizować należycie zamówienie w przypadku braku uwzględnienia w wycenie m.in. kosztów pracodawcy, kosztów paliwa niezbędnego do wykonania prac w zakresie obkaszania oraz do dojazdów na obiekt i wyjazdów na odbiory, kosztów pracy sprzętu oraz osiągnąć z tego tytułu zysk. Odwołujący zaznaczył, że ewentualne finansowanie zamówienia z innych źródeł jest działaniem niedozwolonym. Stwierdził, że nieuwzględnienie kosztów obligatoryjnych w połączeniu z brakiem wykazania zysku z tytułu realizacji zamówienia stanowi błąd w obliczeniu ceny. Przedmiotowy błąd nie podlega wyjaśnieniom ani poprawie, zatem oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie ceny nieuwzględniającej wszystkich składników kosztów pracy, kosztów pośrednich oraz zysku z tytułu realizacji zamówienia, czyli wycena usługi poniżej kosztów jej świadczenia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego działanie wykonawcy Adorol jest działaniem co najmniej naruszającym dobre obyczaje kupieckie, zgodnie z którymi usługodawca/sprzedawca w warunkach uczciwej konkurencji oferuje cenę realną, uwzględniającą wszystkie elementy świadczenia usługi. Działanie wykonawcy narusza również interes innych przedsiębiorców, którzy wycenili swoje oferty w sposób realny, uwzględniając przy tym obligatoryjne koszty świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego działanie to miało również charakter utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku bowiem sprowadzało się do utrudnienia wykonawcom, którzy rzetelnie wycenili swoje oferty, dostępu do zamówienia, poprzez zaoferowanie wynagrodzenia, z którym nie sposób konkurować w sposób uczciwy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty stanowiła najbardziej istotne kryterium oceny ofert w postępowaniu o wadze 60%. Podkreślił, że zaoferowanie w ofercie ceny nieuwzględniającej kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników tzw. kosztów pracodawcy, przy jednoczesnym zaoferowaniu kosztów pośrednich wynoszących 0,00 zł oraz zysku wynoszącego 0,00 zł, uniemożliwia jakiekolwiek konkurowanie z taką ofertą.

Zdaniem Odwołującego, działanie takie zakłóca w sposób oczywisty konkurencję, wyklucza całkowicie możliwość konkurowania i jako takie nie odpowiada zasadom i celom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w żaden sposób nie dopuścił zewnętrznego finansowania kosztów związanych ze świadczeniem usługi. Zamawiający wymagał wprost w wycenie ujęcia wszystkich kosztów wykonywania usługi, jakie poniesie wykonawca. Tymczasem tzw. „finansowanie skrośne" jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji, co podkreśla się w orzecznictwie KIO. W orzecznictwie tym wskazuje się m.in., że cena oferty, w której uwzględniono finansowanie kosztów wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, jest ceną rażąco niska. Skoro Zamawiający wymagał w warunkach zamówienia, aby wykonawcy w wycenie ujęli wszystkie koszty wykonywania zamówienia, jakie poniosą w związku z jego realizacją, to nie było dopuszczalne założenie finansowania skrośnego.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Spółdzielni Adorol złożoną w Części nr 5, dokonałby jej odrzucenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 4 SWZ, przedmiotem zamówienia jest wykonywanie bieżącej konserwacji, eksploatacji i utrzymania urządzeń wodnych na terenie Zarządu Zlewni w Inowrocławiu w latach 2022-2023 roku - obiekty hydrotechniczne Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik Nr 1 do SWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części: 1- NW Mogilno, 2 - NW Chodzież, 3 - NW Inowrocław, 4 - NW Żnin, 5 - Antoniny-Szamocin, 6 - NW Więcbork, 7 - NW Nakło.

W punkcie 6 SWZ Zamawiający określił m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty:

6.1. W Formularzu oferty należy podać ryczałtową wartość netto za realizację całego zamówienia, do której, na potrzeby oceny ofert, należy dodać kwotę podatku VAT obliczoną

wg właściwej stawki, których suma stanowić będzie cenę brutto (z podatkiem VAT) za realizację danej części zamówienia.

6.5. Cena ofertowa winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia w zakresie objętym opisem przedmiotu zamówienia oraz Wzorem umowy dla danej części zamówienia.

6.6. Cena podana przez Wykonawcę nie będzie zmieniana w toku realizacji zamówienia i nie będzie podlegała waloryzacji.

Wartość części 5 zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę 254.342,46 zł netto. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 275.379,76 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty na część 5 zamówienia z następującymi cenami:

- oferta Odwołującego: 271.221,35 zł,

- oferta Spółdzielni „Adorol": 191 159,38 zł.

Pismem z 17 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Adorol, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu:

W związku z tym, że cena oferty Części nr 5 Wykonawcy Spółdzielnia „Adorol" w Adolfowie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 ustawy PZP i wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania, Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny

lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. (...)

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Adorol złożył następujące wyjaśnienia:

W odpowiedzi na Wezwanie do udzielenia wyjaśnień, Zarząd Spółdzielni „Adorol" w Adolfowie informuje, że cena oferty, wynikająca z kosztorysu, tylko w dwóch zmiennych została przez nas ustalona - stawce godzinowej i cenie materiałów i usług.

Stawka godzinowa w wysokości 19,70 zł za godzinę to obecnie obowiązująca w kraju

minimalna stawka godzinowa.

Koszty materiałów określono na podstawie danych uzyskanych z lokalnych hurtowni w dniu sporządzania kosztorysu. Koszty wykonania pomiarów elektrycznych uzgodniono z ich

dotychczasowym wykonawcą.

Istotnym jest, że w bezpośredniej bliskości obiektów objętych zamówieniem publicznym prowadzi działalność łąkarsko-rybacką jeden z zakładów wchodzących w skład spółdzielni. Wszystkie osoby zaangażowane w bieżącą konserwację obiektu tutaj pracują. Pozwala to uniknąć kosztów dojazdu czy dowozu pracowników oraz optymalnie wykorzystać ich czas pracy. Wszyscy znają obiekt, posiadają długoletnie doświadczenie w wykonywaniu obowiązków wynikających z zamówienia, co umożliwia ograniczenie do minimum nadzoru i kontroli. Spółdzielnia zatrudnia pracowników, którzy mogą natychmiast przystąpić do usuwania wszelkiego typu awarii obiektów.

Gospodarstwo posiada maszyny i urządzenia, które na co dzień wykorzystywane są w bieżącej działalności, a w miarę potrzeb również do prac z zakresu konserwacji i utrzymaniu urządzeń wodnych oraz pozwalają, poprzez systematyczne wykaszania, utrzymać porządek wokół nich.

Reasumując: bliskość obiektów objętych zamówieniem Część nr 5 Obiekty hydrotechniczne

na terenie Nadzoru Wodnego Chodzież Antoniny Szamocin i gospodarstwa Spółdzielni „Adorol” stwarza spółdzielni wyjątkowo korzystne warunki realizacji tego zamówienia.

Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody.

W dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Adorol jako najkorzystniejszej w części 5 zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o nieodrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 519 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę Adorol wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle powyższych przepisów skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle przywołanych przepisów ustawy - obowiązek odrzucenia oferty.

W rozpoznawanej sprawie w ocenie Izby nie ma wątpliwości, że wykonawca Adorol w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia są wyjątkowo lakoniczne, wręcz kilkuzdaniowe, stanowią zbiór ogólników i gołosłownych oświadczeń, niepozwalających choćby w minimalnym stopniu zweryfikować poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Zostały sformułowane w taki sposób, że mogłyby zostać złożone w innych postępowaniach, nie przedstawiają bowiem założeń i szczegółów kalkulacji dla potrzeb konkretnego przedmiotu zamówienia i określonych przez Zamawiającego wymagań.

Jedyna konkretna informacja, jaka pojawia się w wyjaśnieniach (tj. przyjęta przez wykonawcę stawka godzinowa w wysokości 19,70 zł) nie tylko nie przemawia za uznaniem ceny za realną, ale wręcz prowadzi do wniosku przeciwnego. Jak bowiem słusznie wskazał Odwołujący, nie uwzględnia ona obowiązkowych kosztów obciążających pracodawcę, a związanych ze składkami emerytalnymi, rentowymi, wypadkowymi, a także składkami na Fundusz Pracy i FGŚP. Obliczenia przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego są wiarygodne i mają oparcie w przepisach prawa. Co więcej, wykonawca Adorol podał w kosztorysie ofertowym, że nie przewiduje żadnych kosztów pośrednich, z których dodatkowe koszty pracodawcy mogłyby zostać pokryte. W kosztorysie podano również, że wykonawca nie zakłada żadnego zysku, co tym bardziej podaje w wątpliwość prawidłowość kalkulacji ceny i choćby minimalną opłacalność realizacji zamówienia dla wykonawcy, który przecież działa w celu osiągnięcia zysku. Wykonawca w ogóle nie odniósł się do tej kwestii

w złożonych wyjaśnieniach.

Pozostałe informacje przedstawione w wyjaśnieniach w żadnej mierze nie wykazują realności ceny. Wykonawca powołał się na to, że koszty materiałów zostały skalkulowane na podstawie danych uzyskanych z lokalnych hurtowni, jednak nie tylko nie przedstawił takich ofert jako dowodów, ale nawet nie wskazał oferowanych przez hurtownie cen w treści wyjaśnień. Powołał się również na to, że koszty wykonania pomiarów elektrycznych uzgodnił z ich dotychczasowym wykonawcą, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych szczegółów ani dowodów potwierdzających dokonanie takich uzgodnień. Wykonawca wskazał także na posiadanie własnych maszyn i urządzeń, które mogą być użyte do wykonania zamówienia, nie tylko nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów (takich jak chociażby ewidencja środków trwałych), ale nawet nie wskazując, o jakie maszyny i urządzenia chodzi. W odniesieniu do wszystkich wskazanych wyżej okoliczności wykonawca nie wykazał, czy i jakiego rzędu oszczędności mogą one powodować.

Podobne uwagi dotyczą fragmentu wyjaśnień odnoszącego się do tego, że w bezpośredniej bliskości obiektów objętych zamówieniem prowadzi działalność łąkarsko-rybacką jeden z zakładów wchodzących w skład spółdzielni, w którym pracują wszystkie osoby zaangażowane w bieżącą konserwację obiektu. Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych szczegółowych informacji (jak np. lokalizacji wskazanego zakładu, liczby jego pracowników, którzy będą wykonywać zamówienie, szacowanych oszczędności z tego tytułu), które pozwoliłyby ocenić, czy rzeczywiście jest to okoliczność pozwalająca obniżyć cenę oferty.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie przede wszystkim wskazać należy, że nieuprawnione jest wyprowadzanie przez Zamawiającego wniosku o realności ceny z faktu realizacji przez wykonawcę Adorol wcześniejszych zamówień za podobnie niskie ceny. Ocena w tym zakresie, zgodnie z przepisami ustawy, powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w prowadzonym obecnie postępowaniu. Jeżeli wyjaśnienia te są tak dalece wadliwe, jak to wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, to wiedza Zamawiającego o realizacji wcześniejszych zamówień nie może być argumentem uzasadniającym uznanie oferty za prawidłową. Nieprawidłowe jest opieranie się przez Zamawiającego na swojej znajomości wykonawcy i sposobu wykonywania przez niego zamówień, bez uwzględnienia jakości złożonych wyjaśnień. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że współpraca między wykonawcami a zamawiającymi nie może być czynnikiem zwiększającym szanse na uzyskanie przyszłych zamówień. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do przyznania Zamawiającemu niedopuszczalnego w postępowaniach o udzielenie zamówienia poziomu uznaniowości i godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Słuszne jest zatem stanowisko Odwołującego, że w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający ma obowiązek opierania się na treści tych wyjaśnień, a nie swoich dotychczasowych doświadczeniach wynikających ze współpracy z wykonawcą.

Nieprawidłowa jest także argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący nie udowodnił, dlaczego nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę Adorol cenę. Odnosząc się do tego stanowiska Izba wskazuje, że zgodnie z art. 537 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zatem to nie Odwołujący był obciążony obowiązkiem dowodowym, wystarczające jest, że trafnie sformułował zarzuty odwołania, wskazując wszystkie okoliczności faktyczne przemawiające za wadliwością wyjaśnień i należycie to uargumentował. Nie był natomiast zobowiązany do dowodzenia, że za zaoferowaną cenę nie da się wykonać zamówienia. Skoro wykonawca Adorol nie przystąpił do postępowania odwoławczego w celu podjęcia próby obrony swojej oferty, to na Zamawiającym spoczywał ciężar wykazania, że złożone wyjaśnienia potwierdziły realność ceny. Z obowiązku tego Zamawiający się nie wywiązał.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że wezwanie do wyjaśnień miało charakter czysto formalny, stanowiło powtórzenie przepisów ustawy i nie zawierało żadnych wyspecyfikowanych wątpliwości, Izba wskazuje, że skierowanie do wykonawcy ogólnego wezwania, bez sformułowania precyzyjnych pytań, nie zwalnia z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień. Jeśli Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, jakie kwestie należy w wyjaśnieniach uwzględnić, wykonawca zobowiązany jest wykazać prawidłowość kalkulacji ceny we wszystkich jej aspektach. Ponadto, nieprawidłowe jest traktowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień, jako czynności o charakterze wyłącznie formalnym. Wezwanie to ma na celu umożliwienie Zamawiającego realnego zbadania prawidłowości zaoferowanej ceny i powoduje określone w przepisach ustawy konsekwencje (obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu, rygor odrzucenia oferty). Traktowanie takiego wezwania jako

jedynie formalnej realizacji obowiązku ustawowego należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Podsumowując, złożone przez wykonawcę Adorol wyjaśnienia są tak ogólne i gołosłowne, że w najmniejszym nawet stopniu nie wyjaśniają prawidłowości kalkulacji ceny. Jest to więc sytuacja równoważna z niezłożeniem żadnych wyjaśnień. Zatem zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy w takich okolicznościach stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, co uzasadniało uwzględnienie odwołania.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że o ile wszystkie twierdzenia faktyczne Odwołującego potwierdzają, że cena była rażąco niska, to niezasadne jest wywodzenie z tych samych okoliczności zarzutu błędu w obliczeniu ceny. Przyjmując stanowisko przeciwne można byłoby w każdym przypadku rażąco niskiej ceny mówić jednocześnie o błędzie w obliczeniu ceny. Zaniżenie kosztów (czy też raczej niepotwierdzenie w wyjaśnieniach, że nie są one zaniżone), nie uzasadnia zdaniem Izby powielania podstaw prawnych odrzucenia oferty. Dla sytuacji niedoszacowania tych kosztów ustawa Pzp przewiduje bowiem szczególną przesłankę odrzucenia oferty, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8.

Podobnie, zdaniem Izby, należy ocenić zarzut dotyczący złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślić przy tym należy, że w tym zakresie obowiązuje - odmiennie niż ma to miejsce w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny - klasyczny rozkład ciężaru dowodu, zatem to Odwołujący musiałby wykazać i udowodnić wystąpienie wszystkich ustawowych znamion popełnienia takiego czynu. W ocenie Izby, na podstawie złożonych wyjaśnień można dojść do wniosku, że wykonawca Adorol nie wykazał prawidłowości kalkulacji kosztów pracy czy też że prawdopodobne jest przyjęcie przez tego wykonawcę założenia zastosowania finansowania krzyżowego, nie jest to jednak wystarczające do uwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r.
poz. 2437). Izba obciążyła całością kosztów postępowania Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że rozstrzygnięcie odwołania jest zgodne z żądaniem Odwołującego. Część, w jakiej odwołanie oddalono, odnosi się jedynie do dodatkowych podstaw prawnych odrzucenia oferty, jednak całość odwołania dotyczy tego samego zaniechania Zamawiającego, opartego na tych samych podstawach faktycznych. W związku z tym Izba stwierdziła, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego w całości ponosi Zamawiający.

Przewodniczący: .....