Sygn. akt: KIO 920/23

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 21 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SOWIK Ł. S. w Rawie Mazowieckiej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ujazd

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia H. T., P. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL s.c. w Tomaszowie Mazowieckim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 z późń. 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 920/23

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

Zamawiający – Gmina Ujazd [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na budowę przyłączy kanalizacji sanitarnej w msc. Ujazd, ul. Antolin, Przesiadłów, Skrzynki – Etap Ib, IIIa, III (znak postępowania: RIR.271.1.1.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 lutego 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00098880/01.

W dniu 1 kwietnia 2023 r. wykonawca Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SOWIK Ł. S.

w Rawie Mazowieckiej [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty „BINSTAL"s.c. zawierającej rażąco niską cenę;

2. art 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

3. odrzucenie oferty „BINSTAL” s.c.;

4. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że wykonawca „BINSTAL” s.c. w wymaganym przez Zamawiającego terminie dostarczył wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślał, że w orzecznictwie w orzecznictwie KIO już dawno przesądzono, iż wyjaśnienia ceny nie mogą polegać na zdawkowym wskazaniu okoliczności (czynników), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez wykonawcę, tak jak to uczynił „BINSTAL”, s.c. w swoich wyjaśnieniach. Jeśli bowiem wykonawca powołuje się w wyjaśnieniach na jakąś bardzo ogólnie ujętą okoliczność, to musi jednocześnie precyzyjnie wskazać w wyjaśnieniach jak owa ogólnie ujęta okoliczność przekłada się na wysokość ceny, czyli wskazać jakie konkretnie oszczędności może dzięki niej poczynić (na jakich kosztach zaoszczędzić

i w jakiej konkretnie wysokości). „BINSTAL” s.c. w swoich wyjaśnieniach powołuje się na bliżej nieokreślone okoliczności takie jak:

a) wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu robót,

b) realizacja wielu kontraktów u różnych zamawiających,

c) dysponowanie wykwalifikowaną kadrą pracowniczą i techniczną,

d) własny specjalistyczny sprzęt i urządzenia techniczne.

W żadnym jednak wypadku nie udowadnia, ba nawet nie próbuje wykazać, jak te okoliczności wpływają na zaoferowaną niską cenę. Tym samym pozostają one w świetle art. 224 pustymi frazesami.

W przedmiotowej sprawie wykonawca przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia, z których nie wynika, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca zaczyna swoje wyjaśnienia od próby wyjaśnienia czym według niego jest rażąco niska cena a następnie próbuje pouczać Zamawiającego jak ten powinien dokonywać oceny złożonych wyjaśnień. Zamawiający widać, iż dał się „nabrać” na te gołosłowne niczym nie poparte stwierdzenia skoro nie odrzucił oferty „BINSTAL” s.c. Dlatego też po kolei Odwołujący odniósł się do twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach cytując je i wskazując na brak ich rzetelności i związku z zaoferowaną ceną.

1) „W świetle orzecznictwa podstawę do dokonania przez Zamawiającego analizy zaproponowanej w ofercie ceny i składanych w wyniku wezwania wyjaśnień powinny stanowić aktualne ceny rynkowe dla danego rodzaju zamówienia, sposób i metody jego realizacji w konkretnym przypadku, wykwalifikowane zasoby kadrowe i techniczne jakie posiada wykonawca, zasoby finansowe jakimi dysponuje i brak konieczności zaciągania dodatkowych zobowiązań”

Tak kończy się pierwsze 2,5 strony wyjaśnień, na których nie znajdujemy żadnych argumentów ani okoliczności które mają wpływ na cenę jaką zaproponował „BINSTAL” s.c.

2) „W tym miejscu pragniemy jednoznacznie oświadczyć, iż cena naszej oferty została skalkulowana w sposób przemyślany i należyty, jest obecną ceną rynkową, adekwatną do zakresu przedmiotu zamówienia, jego rozmiaru, przyjętej technologii oraz gwarantującą prawidłową jego realizację.” W tym miejscu zaczyna się próba nieudolnego wyjaśniania ceny. „BINSTAL” s.c. używa pustych nic nieznaczących pojęć takich jak „należyta staranność” czy „przyjęta technologia”. Odwołujący pragnie zauważyć, że każdy wykonawca winien wykonać zadanie z należytą starannością i zgodnie z technologią określoną w dokumentacji projektowej. Trudno więc uznać, że „BINSTAL” s.c. uzyskuje oszczędność z tytułu należytego wykonania i stosowania technologii narzuconej w dokumentacji projektowej. Każdy wykonawca ma wykonać zadanie starannie i zgodnie z projektem. Więc gdzie tu oszczędność jaką uzyskuje „BINSTAL” s.c.?

3) „Cena oferty zaspakaja wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia oraz gwarantuje 15% zysk wykonawcy.”

Kwestia zysku jest indywidualną kwestią każdego wykonawcy. Jednak w „BINSTAL” s.c. nie przedłożył nawet kosztorysu, z którego wynikałby zysk. Więc skąd zamawiający ma wiedzieć, że zysk który wykonawca założył jest realny? Z przedłożonych wyjaśnień Zamawiający nie jest w stanie uzyskać żadnych informacji na temat tego czy wykonawca w ogóle osiągnie jakiś zysk.

4) „Posiadając wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu robót, realizując wiele kontraktów u różnych zamawiających oraz dysponując wykwalifikowaną kadrą pracowniczą i techniczną, własnym specjalistycznym sprzętem i urządzeniami technicznymi oraz niedaleką lokalizacją siedziby firmy można było skalkulować cenę w przypadku tego konkretnego zamówienia (z uwzględnieniem jego specyfiki, warunków terenowych, potencjalnych dobrze rozpoznanych ryzyk) na wskazanym poziomie i za wskazaną cenę (podział kosztów w tabeli poniżej).”

Wykonawca nie załączył dowodu potwierdzającego np. lokalizację firmy w stosunku do placu budowy ani też nie wykazał jakie ta lokalizacja przyniesie oszczędności. Nie wykazał też w jaki sposób specjalistyczny sprzęt, który posiada, lub wykwalifikowana kadra spowoduje, że wykonawca będzie miał z tego tytułu oszczędności. Mamy więc tutaj puste nic nieznaczące hasła, które w żaden sposób nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest realna a wykonawca ma z tytułu wskazanych okoliczności jakiekolwiek oszczędności.

5) Wykonawca przestawił w swoich wyjaśnieniach następującą tabelę, która ma być jakimś dowodem na uzyskany przez wykonawcę zysk. Trudno uznać tą tabelę za jakikolwiek wiarygodny dowód potwierdzający uzyskanie przez wykonawcę określonego zysku, ponieważ nie wiadomo skąd wykonawca przyjął poszczególne wartości poza ceną końcową która jest zgodna z ceną zaproponowaną w formularzu ofertowym. Każda inna wartość jest dowolną kwotą jaką sobie wykonawca przyjął i nie ma poparcia chociażby w kosztorysie ofertowym. Gdyby takowy kosztorys został złożony to faktycznie można byłoby z niego wyczytać koszty robocizny czy koszty materiałów a tak mamy tabelkę, którą wykonawca stworzył sobie jako nieudaną próbę wyjaśniania zaoferowanej ceny ofertowej. W przypadku wyjaśnień złożonych przez „BINSTAL" s.c. nie dość, że wykonawca nie wykazuje żadnych oszczędności to przestawiona kalkulacja nie jest szczegółowa. Cała tabela zawiera ledwie 4 pozycje, z których nic nie wynika, a już na pewno nie oszczędności.

6) „Dokonana kalkulacja została oparta na wszystkich czynnikach mających lub mogących mieć realny i obiektywny wpływ na cenę oferty w niniejszym zamówieniu i w odniesieniu do planowanego do uzyskania efektu, co czyni zadość wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych i oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w wezwaniu do złożenia wyjaśnień."

Kolejne zdanie to znów puste nic nie znaczące pojęcia, bo jak ocenić „czynniki mające lub mogące mieć realny i obiektywy wpływ na cenę"? Wykonawca nie wskazał jakie to są czynniki realne i obiektywne które mają wpływ na cenę. Jeżeli takowe występują powinien je wskazać i udowodnić, że mają wpływ na cenę jaką zaoferował. Wykonawca nie przestawił żadnych dowodów, które mogłyby wskazać, iż zaoferowana cena jest realna i wskazać, że jakieś czynniki mają wpływ na zaoferowaną cenę.

7) „Wykonawca oświadcza, że w zakresie personelu dostępnego do realizacji inwestycji posiada do dyspozycji ok. 35-40 osób tym:

- operatorzy sprzętu
- kierowcy
- pracownicy administracyjni
- pracownicy fizyczni / monterzy instalacji sanitarnych.

Pracownicy ci są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, posiadają wieloletnie doświadczenie zawodowe, co pozwala chociażby sprawniej prowadzić roboty i skrócić okres realizacji, a to z kolei przekłada się na koszty. Co istotne obecne problemy z kadrą i pracownikami budowlanymi nie dotyczą Naszej firmy, a stabilność kadry pozwala racjonalnie planować samą realizację inwestycji."

Być może jakieś osoby wskazane do realizacji przedmiotowego zadania są zatrudnione na umowę o pracę jednak wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność. W przypadku, kiedy wyjaśnienia dotyczą zamówień na roboty budowlane, Wykonawca jest zobowiązany udowodnić, iż osoby wskazane do realizacji otrzymują minimalną stawkę wynagrodzenia za pracę ustaloną zgodnie z rozporządzeniem oraz iż od umów, które mają zawarte pracownicy z wykonawcą są odprowadzane składki do ZUS. W swoich wyjaśnieniach wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do tego czego wymaga ustawodawca w art. 224 ust. 4, a więc nie przedstawił wyjaśnień w zakresie elementów, o których stanowi art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6. Według obowiązujących przepisów w przypadku robót budowlanych wyjaśnienia muszą obligatoryjnie zwierać wyjaśnienia w zakresie powyższych punktów. Dowodem na odprowadzenie składek do ZUS za pracownika jest deklaracja ZUS-DRA z raportem imiennym RCX. Gdyby Zamawiający takie dokumenty otrzymał wówczas wiedziałby, że za danego pracownika zostały odprowadzone składki do ZUS a tym samym posiada on umowę o pracę z wykonawcą. Wykonawca nie dostarczył tych dokumentów. Nie dostarczył też kopii umów o pracę z osobami, które myłaby wykonywać przedmiotowe zadanie. A więc nie wywiązał się z wymogu, o którym mowa w art. 224 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych co jest czynnością obligatoryjną. Samo stwierdzenie, że osoby wskazane do realizacji zamówienia są zatrudnione na umowę o pracę i otrzymują wynagrodzenie na określonym poziomie bez poparcia tego dowodami postaci kopii umów o pracę i dowodu odprowadzenia składek jest tylko pustym stwierdzeniem.

8) „Pragniemy również podkreślić, iż obecnie realizujemy bardzo duże umowy z Gminą Miasto Tomaszów Maz. oraz Gminą Rzeczyca, Inowłódz, Czerniewice w zakresie budowy dróg wraz infrastrukturą kanalizacyjną, co powoduje, iż mamy stałe źródło finansowania. Pozwala to realizować pierwsze etapy realizacji kontraktu z własnych środków bez ponoszenia dodatkowych kosztów związanych np. z kredytowaniem inwestycji czy też cesją wierzytelności."

Odwołujący nie widzi żadnego związku między realizacją przedmiotowego zadania a innymi kontraktami, które realizuje „BINSTAL" s.c. Przeciwnie realizacja innych kontraktów stanowi obciążenie finansowe dla wykonawcy jak również wymaga zaangażowania sprzętu i ludzi. Cztery bardzo duże inwestycje, które obecnie realizuje, wymagają od niego zaangażowania znacznej ilości sprzętu i ludzi tym samym może się okazać, że do realizacji przedmiotowego zadania będzie musiał skorzystać z pomocy podwykonawców jak również ze sprzętu, który będzie musiał wynająć i tym samym argument o posiadanym sprzęcie i braku korzystania z podwykonawców staje się po prostu niewiarygodny. Wykonawca wskakuje, że obecnie realizuje też zadanie dla Gminy Ujazd co stanowi piątą duża inwestycja, którą realizuje a to również wymaga zaangażowania sprzętu i ludzi.

9) „Co oczywiste dobra sytuacja finansowa również ma wpływ na cenę oferty i możliwość jej obniżenia, a taką obecnie posiadamy"

Dobra sytuacja finansowa, czyli jaka? Wykonawca nie wskazuje tutaj żadnych dowodów potwierdzających, że jakaś dobra sytuacja finansowa ma wpływ na to, że mógł zaoferować niską cenę za przedmiotowe zadanie. Wniosek - kolejne puste stwierdzenie niepoparte żadnymi dowodami.

10) „Skalkulowany zysk wynika ze wspominanego wieloletniego doświadczenia i oceny możliwych do zaistnienia ryzyk i nieprzewidzianych okoliczności. Doświadczenie to pozwala ocenić dokumentację projektową i przewidzieć realne okresy realizacji, których skrócenie wpływa na mniejsze koszty stałe i organizacyjne a tym samym wpływa na cenę."

Odwołujący nie dostrzega związku pomiędzy rzekomym doświadczeniem wykonawcy i oceną ryzyk jakie mogą wystąpić w związku z realizacją zadania. Wykonawca nie wskazał tych ryzyk i nie wskazał też metod zarządzania tymi ryzykami, które to metody mogłyby ewentualnie wynikać z jego doświadczenia. Takich informacji nie odnajdujemy w wyjaśnieniach wykonawcy, tym samym mamy po raz kolejny doczynienia z pustymi hasłami. Wykonawca wskazuje, iż doświadczenie, które posiada pozwala mu skrócić realizację zadania. Nigdzie w ofercie wykonawcy nie znajdujemy informacji, iż zrealizuje to zadanie szybciej niż w okresie 16 miesięcy od dnia podpisania umowy czego wymaga Zamawiający w SWZ a tym samym uzyska z tego tytułu oszczędności. Wniosek - po raz kolejny mamy do czynienia z pustymi hasłami, które nie odnajdują odzwierciedlenia ani

w treści oferty ani w złożonych wyjaśnieniach i nie mają żadnego wpływu na cenę zawartą w ofercie.

11) „Możliwość uzyskania i wynegocjowania korzystnych umów z dostawcami materiałów (załącznik nr. 1), co pozwala na zachowanie stałych upustów przez cały okres realizacji zadania. Specjalizacja i duża ilość realizowanych zadań inwestycyjnych pozwala na stałą współpracę i wiarygodność, która przekłada się na ceny materiałów negocjowanych indywidualnie. Uzyskane rabaty na materiały wynikające z uwagi na ilość zamawianych materiałów stanowiących jeden z podstawowych kosztów niniejszego zamówienia pozwalają na kalkulowanie ceny podanej w ofercie, co ma istotny i znaczący wpływ na cenę oferty."

Generalnie Odwołujący nie podważa tezy, iż materiały są jednym z istotnych elementów wpływających na cenę oferty. Jednak należy zwrócić uwagę, iż wykonawca jako dowód na zakup po preferencyjnych cenach materiałów niezbędnych do realizacji zadania wskazał jedynie ofertę firmy Neptun. Oferta ta dotyczy tylko wybranych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia takich jak: włazy, wpusty żeliwne, oraz prefabrykaty betonowe studni kanalizacyjnych. Oferta ta nie zawiera żadnych cen jednostkowych, które można byłoby uznać za wyjątkowo korzystne w stosunku np. do cen rynkowych. Nie ulega wątpliwości, że jest to tylko niewielka część materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Należy zauważyć jakie mamy tam użyte stwierdzenie „preferencyjne warunki cenowe sięgające rzędu 60% wartości cen cennikowych." Dowód ten jest zupełnie niewiarygodny. Nie wiemy bowiem o jakie wartości cennikowe chodzi. Upust rzędu 60% ale nie wiadomo, na które elementy nawet spośród tych, które zostały wymienione w ofercie. Neptun wskazuje tutaj na różny asortyment i nie jest powiedziane, że na każdy z nich oferuje upust rzędu 60%. Może być tak, że na pewne elementy upust wynosi 60% a na inne np. tylko 10%. Nie wiadomo też, jakie wartości cennikowe ma na myśli firma Neptun. Brakuje tutaj ewidentnie tabeli porównawczej. Gdyby taka tabela znalazła się w ofercie handlowej firmy Neptun wówczas można byłoby w jakikolwiek mierzalny sposób ocenić realność upustów. Należy także zwrócić uwagę, że wykonawca używa liczby mnogiej i mówi o tym, że posiada wynegocjowane ceny z „dostawcami" - użyta liczba mnoga. Tym czasem jako dowód wskazuje jedynie ofertę firmy NEPTUN i na dodatek bardzo mało wiarygodną. A gdzie oferty innych dostawców materiałów? Skoro wykonawca ma wynegocjowane upusty u innych dostawców to czemu nie przedstawił dowodów na tę okoliczność? Z treści oferty firmy NEPTUN nie wynika co to znaczy, że upusty cenowe sięgają rzędu 60 % od cen cennikowych. Czyli od jakich? Zamawiający widzi tylko w treści oferty % upust i nie ma wiedzy na temat tego czy ceny te są szczególnie korzystne tj. jak twierdzi odwołujący niższe o 60% od cen cennikowych. Wykonawca nie wskazał jakie to są ceny cennikowe tym samym nie wykazał z tego tytułu oszczędności. Z tej oferty nie wynika, czy są to ceny na dzień wystawienia dokumentu czy będą obowiązywały przez kilka miesięcy? Z treści tego

dokumentu nie wynika, że wykonawca będzie miał gwarancję utrzymania tych cen w przyszłości. A termin realizacji wynosi 16 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a więc należy domniemywać, że ceny wzrosną biorąc pod uwagę trend jaki panuje w budownictwie, czyli nieustanny wzrost kosztów materiałów i robocizny. Nawet jeżeli na dziś „BINSTAL" s.c. może dokonać zakupów pewnych materiałów z upustem to trudno uwierzyć, że zachowa te ceny przez okres 16 miesięcy tym bardziej ze absolutnie nie wynika to z oferty formy NEPTUN.

12) „Istotna jest również oszczędność z tytułu znacznego potencjału technicznego i sprzętowego. Posiadamy własny sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia (w szczególności; koparki, ładowarki, samochody ciężarowe, maszyny do przewiertów sterowanych) w związku, z czym nie musimy ponosić znaczących dodatkowych koszów na jego najem, inną formę użyczenia lub spłaty kosztów leasingu. W związku z tym podstawowe koszty związane z pracą sprzętu mogą być niższe nawet o 12 %."

Realizacja innych kontraktów, o których pisze Wykonawca stanowi obciążenie dla wykonawcy i wymaga zaangażowania sprzętu. Wobec powyższego sprzęt, o którym pisze „BINSTAL" s.c. jest używany na pięciu dużych inwestycjach, które obecnie realizuje. To wymaga od niego zaangażowania sprzętu w znacznej ilości tym samym może się okazać, że do realizacji przedmiotowego zadania będzie musiał skorzystać z pomocy podwykonawców jak również ze sprzętu, który będzie musiał wynająć i tym samym argument o posiadanym sprzęcie staje się po prostu niewiarygodny. „Podstawowe koszty związane z pracą sprzętu mogą być niższe nawet o 12 %". Nie widomo skąd wykonawca przejął taka wartość? Nie wskazał na tę okoliczność żadnych dowodów, a więc twierdzenie, iż posiadany sprzęt pozwala mu na oszczędności rzędu 12% jest po prostu pustym stwierdzeniem niepoparte żadnymi dowodami. Fakt posiadania maszyn nie jest jakimś szczególnym czynnikiem dającym realne oszczędności.

13) „Uśredniony koszt godzinowy wynajęcia np. koparki wraz z operatorem w warunkach lokalnych wynosi ok. 300 zł./h, zaś, sprzętu wiertniczego, który ma dość duży udział w przedmiotowym postępowaniu ok.680 zł/h."

Nie dość, że wykonawca podaje nierealne ceny za wynajem koparki to jeszcze poświadczył nieprawdę podając cenę za wynajem sprzętu wiertniczego w godzinach. Jeżeli wynajmuje się sprzęt wiertniczy to płaci się za metr przewiertu a nie za godzinę pracy i wykonawca dobrze o tym wie próbując tylko wprowadzić w błąd zamawiającego swoimi nierzetelni wyjaśnieniami.

14) „Sieć kanalizacji tłocznej planujemy wykonać metoda bezwykopową przewiertem sterowanym - sprzętem, którego jesteśmy w posiadaniu, co znacznie obniża koszty inwestycyjne i czyni naszą ofertę bardziej konkurencyjną w stosunku do pozostałych." Jeśli chodzi o przewierty w przedmiarach mamy następujące ilości:

- Przedmiar dla - sieć etap III

1. Przewiert rurą fi 200mm – 9,0mb (punkt 35 przedmiaru) – cena ok 150zł/m x 9 m = 1 350,00 zł

2. Przewiert rurą PE fi 110mm – 145,50mb (punkt 37 przedmiaru) – cena ok 70zł/m x 145,50 m = 10 185,00 zł

- Przedmiar dla - przyłącza etap III

3. Brak przewiertów

- Przedmiar dla - sieć etap Ib + IIIa

4. Przewiert rurą fi 300mm – 52,5mb (punkt 26 przedmiaru) – cena ok 240zł/m x 52,5 m = 12 600,00 zł

5. Przewiert rurą PE fi 355mm – 53,0mb (punkt 27 przedmiaru) – cena ok 240zł/m x 53,0 m = 12 720,00 zł

- Przedmiar dla - przyłącza Ib + IIIa

6. Przewiert rurą fi 250mm – 45,5mb (punkt 18 przedmiaru) – cena ok 200zł/m x 53,0 m = 10 600,00 zł

RAZEM: 47 455,00 zł – więc w stosunku do kwoty ofertowej wybranego wykonawcy 4 454 113 netto wynosi około 1,06%. Trzeba pamiętać, że wskazaliśmy tu ceny rynkowe za wykonanie usługi przewiertu wraz z operatorem maszyny i olejem napędowym niezbędnym do pracy maszyny do przewiertu. Odejmując koszt pracownika obsługującego maszyn oraz koszt oleju napędowego wykonawca z faktu posiadania maszyn do przewiertu będzie miła oszczędności na poziomie poniżej 1% wartości i kontraktu wiec praktycznie żadne.

15) „Ponadto obecnie posiadamy własną wytwórnie masy bitumicznych, co jest również bardzo istotnie, bo przy robotach kanalizacyjnych występują roboty odtworzeniowe, które to również wykonujemy we własnym zakresie i z własnej masy bitumicznej. Posiadając własną wytwórnię jesteśmy całkowicie niezależni nie tylko od cen innych producentów, ale również od terminów dostaw masy bitumicznej co wpływa na okres realizacji, jego skrócenie i niższe koszty końcowe."

Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność tego, iż dysponuje wytwórnią mas bitumicznych. Na jakiej więc podstawie zamawiający uznał ten argument za wiarygodny? Posiadanie wytwórni mas bitumicznych nie oznacza, że wykonawca tą masę wytworzy za darmo. Też musi zakupić składniki i ją wyprodukować zapłacić ludziom, którzy pracują przy maszynach zajmujących się wytworzeniem tej masy bitumicznej, musi zapłacić za prąd i szereg innych elementów, które składają się na koszt jej wytworzenia. Najważniejszym jednak pozostaje fakt, że wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, iż posiada taką wytwórnię mas bitumicznych i nie wykazała z tego tytułu oszczędności. A może koszty produkcji masy są większe niż u innych producentów i biorąc pod uwagę koszty wytworzenia bardziej opłaca się kupić masę bitumiczną od innych dostawców zamiast samemu ją produkować.

Zgodnie z przedmiarem do wykonania zadania potrzebne są następujące ilości masy bitumicznej:

1. Nawierzchnia asfaltowa w-wa wiążąca gr 5cm – 4 461m2

2. Nawierzchnia asfaltowa w-wa ścierlana gr 5cm – 4 461m2

3. Nawierzchnia asfaltowa w-wa wiążąca gr 4cm – 194,2m2

4. Nawierzchnia asfaltowa w-wa ścierlana gr 4cm – 194,2m2

Czyli mamy

1. 4 461m2 x 125kg = 557,6tony (wiążaca)

2. 4 461m2 x 125kg = 557,6tony (ścieralna)

3. 194,2m2 x 100kg = 19,42tony (wiążaca)

4. 194,2m2 x 100kg = 19,42tony (ścieralna)

RAZEM – 577,02 ton masy dla w-wy wiążącej

- 577,02 ton masy dla w-wy ścieralnej

Odwołujący dysponuje ofertą 250 zł netto za tonę masy co daje łącznie kwotę 288 510,00 zł netto. Odnosząc to do ceny oferty „BINSTAL" s.c. 4 454 113 netto daje to 6,48 % wartości całej oferty. Należy jednak opamiętać, że jest to cena końcowa która obejmuje koszty wytworzenia, a więc rzekome oszczędności mogą wynikać jedynie z faktu posiadania wytwórni będzie znacznie niższa niż wartość niż 6,48%.

16) „Preferencyjne koszty pracownicze - kluczowe stanowiska inżynierskie, w firmie zajmują właściciele firm. Pomaga to w znacznym zminimalizowaniu kosztów wykwalifikowanej kadry pracowniczej, stanowiącej jeden z najwyższych koszów pracowniczych, z uwagi na liczne obowiązki oraz uprawnienia zawodowe, konieczne do wykonywania przedmiotowych funkcji. Ponadto, koszty pracy pracowników są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów, tj. stawka roboczogodziny na poziomie 22,80 zł brutto."

Argumenty użyte przez wykonawcę nie mają żadnego realnego wpływu na realizację przedmiotowego zadania z prostego powodu, Zamawiający w SWZ wymagał dysponowania jedną osobą posiadającą uprawnienia z branży sanitarnej. Zamawiający nie wymaga do realizacji przedmiotowego zadania kilku czy kilkunastu osób posiadających wykształcenie inżynierskie. Wykonawca miał się wykazać jedynie jedną osobą posiadającą takie uprawnienia wobec powyższego nawet jeżeli to stanowisko będzie zajmował właściciel firmy to trudno wskazać z tego powodu znaczące oszczędności. Wykonawca twierdzi, że „koszty pracy pracowników są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów, tj. stawka roboczogodziny na poziomie 22,80 zł brutto." Tyle tylko, że na poparcie tego twierdzenia nie przestawia żadnych dowodów. Według obowiązujących przepisów w przypadku robót budowlanych wyjaśnienia muszą obligatoryjnie zwierać wyjaśnienia w zakresie powyższych punktów. Dowodem na

odprowadzenie składek do ZUS za pracownika jest deklaracja ZUS-DRA z raportem imiennym RCX. Gdyby Zamawiający takie dokumenty otrzymał wówczas wiedziałby, że za danego pracownika zostały odprowadzone składki do ZUS a tym samym posiada on umowę o pracę z wykonawcą. Wykonawca nie dostarczył tych dokumentów. Nie dostarczył też kopii umów o pracę z osobami, które myłaby wykonywać przedmiotowe zadanie. A więc nie wywiązał się z wymogu, o którym mowa w art. 224 ust.4 ustawy prawo zamówień publicznych co jest czynnością obligatoryjną. Wykonawca nie złączył kopii umów o pracę, nie przedstawił dowodu na odprowadzenie składek do ZUS. Przede wszystkim nie wiemy czy osoby wskazane do realizacji zadania będą miały umowę o pracę.

17) „Całość prac wykonamy przy pomocy własnych zasobów bez udziału podwykonawców. Pozwala to zmniejszyć cenę, gdyż nie zachodzi konieczność wypracowania dodatkowych marży i zysków przez inne podmioty uczestniczące w realizacji zamówienia".

Brak udziału podwykonawców nie jest absolutnie argumentem potwierdzającym, iż zaoferowania cena jest realna. Nie jest tajemnicą, że wiele firm zrealizuje praktycznie całych kontrakty za przy pomocy podwykonawców i osiąga z tego tytułu zysk. Często bowiem bardziej opłaca się zaangażować firmy zewnętrzne, które w ramach podwykonawstwa wykonają pewne elementy prac a czasem nawet całe zadania, a i tak pozwala to wykonawcy na osiągnięcie zysku. Wykonawca nie wykazał na liczbach, ile kosztowałyby go prace przy udziale podwykonawców a za ile te same prace jest wstanie wykonać własnymi zasobami. Tym samym mamy kolejne puste twierdzenie rzekomej oszczędności. Dodatkowo co zostało wskazane wyżej Wykonawca sam przyznał się, że prowadzi 4 duże inwestycje z Gminą Miasto Tomaszów Maz. Oraz Gminą Rzeczyca, Inowłódz, Czerniewice plus piątą u Zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie. Skoro wiec jak pisze dysponuje 35-40 osobami. Oznacza to, że na chwilę obecną na każdej inwestycji pracuje 8 osób. Skąd więc weźmie kolejne osoby do realizacji przedmiotowego zdania? Wniosek nasuwa się sam będzie musiał zatrudnić podwykonawców. A w wyjaśnieniach pisze, że nie będzie korzystał z pomocy podwykonawców.

18) „Pragniemy podkreślić, iż doświadczenie w realizacji prac, a tym samym umiejętność odpowiedniej kalkulacji kosztów, oceny i minimalizowania możliwych ryzyk związanych chociażby ze wzrostem cen i okresowym niedoborem materiałów, potwierdza wykaz wykonanych robót oraz dokumenty wskazujące na prawidłową i należytą ich realizację."

Twierdzenie, z którego nic nie wynika – „doświadczenie w realizacji" „zdobyte umiejętności", „minimalizowanie ryzyka" to wszystko są puste pojęcia niepoparte żadnymi dowodami ani żadnymi wyliczeniami. Wykonawca do złożonych wyjaśnień nie dołączył np. analizy ryzyka i nie wskazał jakie posiada narzędzia do zarządzania tym ryzykiem, aby tym samym zmniejszyć koszty realizacji zadania a mógł to zrobić, skoro posiada tak dużą wiedzę i takie umiejętności.

19) „O tym, czy argumentacja jest właściwa i wystarczająca nie stanowi jej obszerność, ale to czy odnosi się do elementów mających realny wpływ i bezpośredni wpływ na obliczoną cenę i koszty realizacji konkretnego zamówienia".

To nie jest żaden argument tylko próba pouczania zamawiającego jak ma interpretować wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Mimo że „BINSTAL" s.c. używa twierdzeń o elementach mających realny wpływ na zaoferowaną - cenę to sam nie wykazał takich elementów.

20) „Warto także podkreślić, iż wnikliwie dokonaliśmy wizji lokalnej w terenie i uzgodniliśmy wstępnie z lokalnym właścicielem działki znajdującej się w pobliżu terenu budowy bazę sprzętową na czas budowy, a odległości od siedziby firmy pozwoli na codzienny dojazd na budowę w czasie ok. 20 minut, co nie wymaga dodatkowych

noclegów dla pracowników".

Wykonawca nie wykazał jakie będzie miał oszczędności z tytułu bliskiej odległości swojej firmy od placu budowy. Poza tym Wykonawca sam przyznał, że uzgodnił wstępnie z lokalnym właścicielem działki znajdującej się w pobliżu terenu budowy bazę sprzętową na czas budowy. Tym samym mimo bliskiej odległości firmy od placu budowy Wykonawca będzie ponosił koszty wynajmu placu, na którym będą zgromadzone maszyny. Bliska odległość firmy od placu budowy przestaje mieć jakiekolwiek znaczenie, bo wykonawca i tak będzie wynajmował plac, na którym będzie gromadził maszyny i to czy firma mieści się 10 trzy 30 czy 50 km od placu budowy nie ma w tym momencie żadnego znaczenia, a już na pewno nie jest argumentem pozwalającym obniżyć koszty realizacji zadania. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu np. wydruku z mapy Google'a, z której wynikałoby, że deklarowane 20 min od siedziby firmy do placu budowy faktycznie tyle wynosi. Dodatkowo argumentacja dotycząca wizji nie przekłada się w żaden sposób na oferowaną cenę. Wykonawca nie wykazał, że wizja, której dokonał spowodowała, iż mógł za oferować niższą cenę. Nie wskazał w wyjaśnieniach żadnej informacji, którą to uzyskał z wizji, a która to informacja pozwalałaby mu obniżyć cenę. Samo stwierdzenie tego faktu nie wskazuje na żadne oszczędności. Należało pokazać te oszczędności na liczbach.

21) „Sprzyjające bardzo dobre warunki dostępne dla Wykonawcy w sposób jednoznaczny wskazują, iż cena oferty została skalkulowana prawidłowo, przy dołożeniu należytej staranności i nie może być uznana za rażąca niską"

To ostatnie zdanie w wyjaśnieniach wykonawcy pokazuje cały ich obraz jak w pigułce. Po raz kolejny wykonawca wskazuje puste nie poparte dowodami pojęcia - bo cóż znaczą „sprzyjające bardzo dobre warunki". Żadnych dowodów. Żadnego realnego wpływu na zaoferowaną cenę.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zbadał faktów oraz jednego dowodu - oferta z firmy NEPTUN. Uznał co wskazano powyżej, że wyjaśnienia te były wystarczające pomimo tego, że w wyjaśnieniach nie ma nic oprócz ogólnych twierdzeń.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, a co za tym idzie oferta „BINSTAL" s.c. winna zostać odrzucona.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł, że Zamawiający swoim działaniem naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie odrzucił oferty „BINSTAL" s.c. która zwiera rażąco niską cenę co jawi się jako złamanie jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 kwietnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że cena oferty Przystępującego odbiega o 34,64 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez Przystępującego ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający wezwał do przedstawienia kalkulacji ceny z podaniem informacji co do kosztów pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny. Ponadto Zamawiający w wezwaniu wskazał, że ww. kalkulacji towarzyszyć powinny wyjaśnienia i dowody co do realności przyjętych podstaw wyceny.

Zamawiający zaznaczył, że nie wymagał przedłożenia w ramach wyjaśnieniach nt. rażąco niskiej ceny szczegółowo sporządzonego kosztorysu cenowego. W ocenie Zamawiającego, ryczałtowy charakter wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, jak też okoliczność złożenia trzech ofert w postępowaniu, o zbliżonej wysokości wynagrodzenia świadczące o rynkowej cenie ofert, nie uzasadniają nakładania na wykonawców obowiązku przedłożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego od wykonawców w ramach wyjaśnień nt. rażąco niskiej ceny.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w terminie. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Przystępującego zawierają wszystkie żądane w wezwaniu informacje i oświadczenia. W szczególności Przystępujący wskazał kalkulację zawierającą wymagane przez Zamawiającego informacje tj. koszty: robocizny, materiałów, zysku, oraz innych opłat. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał liczbę osób przeznaczonych do dyspozycji w ramach przedmiotowego zamówienia oraz wykaz posiadanego sprzętu, która stanowi bazę techniczną do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający ocenił przedłożone wyjaśnienia z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia na temat Przystępującego zdobytych w ramach trzech prowadzonych postępowań przetargowych, jak też realizacji przez niego inwestycji kanalizacyjnych na

terenie Gminy Ujazd. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są spójne, zgodne z regułami logiki i doświadczeniem życiowym. Ponadto wbrew twierdzeniu Odwołującego zawierają również wymagane dowody w postaci kalkulacji oraz informacji na temat kadry pracowniczej oraz posiadanej zdolności technicznej, jak też oświadczenia dostawcy materiałów.

Zamawiający powołał się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 1 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3086/22, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyklucza z katalogu dowodów, które mogą być przedstawione zamawiającemu oświadczeń własnych wykonawcy. W zakresie podmiotowych środków dowodowych są to przykładowo wykazy robót, czy wykazy osób kierowanych do wykonania zamówienia. Natomiast na gruncie wyjaśnień zaoferowanej ceny przyjmuje się, że dowodem może być także kalkulacja ceny sporządzona przez wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego Przystępujący taki właśnie dowód jako element swoich wyjaśnień przedstawił. Tym samym wbrew

twierdzeniom Odwołującego nie zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty określone w 224 ust. 6 ustawy Pzp, a także Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp albowiem zaoferowana cena Przystępującego nie spełnia przesłanek do uznania jej za rażąco niską.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z linią orzeczniczą oraz stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać jedynie ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia konkretnej usługi, dostawy lub roboty budowlanej (tak np. wyrok KIO z 13 sierpnia 2015 r. (sygn. KIO 1623/15; KIO 1647/15). Wyjaśnienia Przystępującego dają podstawy uznać, że zaoferowana cena jest ceną wiarygodną, realistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, cenę nie odbiegającą od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia i nie jest realizowana poniżej kosztów roboty budowlanej.

Zamawiający mając na uwadze wskazany koszt robocizny w zestawieniu z podaną przez Przystępującego liczbę osób przeznaczonych do realizacji zadania, jak również maksymalny czas realizacji zamówienia jest w stanie ocenić, że ww. kwota jest wystarczająca aby sprostać zadaniu jak również spełnić wymagania przewidziane przez przepisy prawa związane z wynagrodzeniem pracownika.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący od maja 2022 r. realizował i realizuje na rzecz Zamawiającego następujące zamówienia publiczne:

1) w ramach Umowy nr RIR.272.1.7.2022 z dnia 23.05.2022 r. na wartość 1 227 400,00 zł. zrealizował zadanie inwestycyjne pn.: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowościach Ujazd, ul. Antolin, Przesiadłów i Skrzynki (w zakresie etapu Ia). Termin

realizacji ww. inwestycji zgodnie z umową wynosił 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zadanie zostało wykonane i odebrane bez uwag protokołem odbioru 27.02.2023 roku.

2) w ramach umowy nr RIR.272.1.20.2022 z dnia 08.11.2022 r. na wartość 1 667 840,00 zł realizuje zadanie inwestycyjne pn. Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w miejscowości Ujazd, ul. Antolin, Przesiadłów i Skrzynki – etap II. Termin realizacji inwestycji zgodnie z umową wynosi 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy tj. do dnia 8.10.2023 roku. Na chwilę obecną odbiór częściowy bez uwag z dnia 13.03.2023 r. nastąpił na kwotę 260 357,42 zł.

Zamawiający wskazał, iż podane w wyjaśnieniach informacje znajdują potwierdzenie u Zamawiającego poprzez wykonywania ww. inwestycji. Tym samym przedstawione przez Odwołującego zarzuty o rzekomych pustych nic nie znaczących pojęciach przekazanych w wyjaśnieniach Przystępującego, są dla Zamawiającego bezpodstawne. W szczególności Zmawiający mając wiedzę o zaoferowanych przez Przystępującego cenach we wcześniejszych postępowaniach o analogicznym zakresie przedmiotowym mógł proporcjonalnie do wielkości inwestycji porównać zaoferowane ceny, co też uczynił i stwierdził, że są one w stosunku do jednego metra wykonanej kanalizacji zbieżne a nawet w przedmiotowym postępowaniu wyższe od wcześniejszych, co w ocenie Zamawiającego są jak najbardziej realne.

Ponadto wbrew zarzutom Odwołującego, Zamawiający nie ma wątpliwości, że:

1) Zamawiający jako inwestor posiada wiedzę, że Przystępujący ma bazę w pobliży przedmiotowej inwestycji albowiem jako Gmina posiada z urzędu takie informacje;

2) Zamawiający jako inwestor posiada wiedzę, że obecnie Przystępujący realizuje inwestycję oddaloną niespełna kilometr o od przedmiotu niniejszego postępowania, a tym samym uważa za wiarygodne, że właściwa koordynacja prac umożliwia zminimalizowanie kosztów transportu i sprzętu;

3) Zamawiający jako inwestor posiada wiedzę, że Przystępujący posiada wymaganą kadrę pracowniczą, która wykonuje powierzone zadania zgodnie z przepisami prawa pracy (takie wymogi są przewidziane we wszystkich ww. umowach);

4) Zamawiający jako inwestor posiada wiedzę, że Przystępujący jest w stanie za zaoferowaną cenę ryczałtową zastosować urządzenia i materiały spełniające wymagania wskazane w wymogach OPZ;

5) Zamawiający jako inwestor posiada wiedzę, że Przystępujący posiada wymaganą bazę techniczną, która pozwala na sprawne i należyte wykonanie przedmiotowej inwestycji.

Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego mają charakter subiektywnej oceny wyjaśnień Przystępującego, ocenianej pod kątem własnej ceny i własnych wyjaśnień nt. rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił dowodów aby cena Przystępującego była nierealna.

Przystępujący wskazał, że do realizacji inwestycji posiada do dyspozycji ok. 35-40 osób. Natomiast Odwołujący dokonując dowolnej interpretacji ww. stwierdzenia uznał, że Przystępujący posiada jedynie 35-40 osób (jest to interpretacja sprzeczna z brzmieniem wyjaśnień), a dalszej konsekwencji dokonał dalej idącego bezpodstawnego wniosku, że na chwilę obecną na każdej inwestycji pracuje 8 osób.

Odwołujący jako doświadczony przedsiębiorca z branży budowlanej powinien wiedzieć, że wiedza i doświadczenie

pozwala na zdobycie i wypracowanie umiejętności polegającej na zorganizowaniu prac w taki sposób aby tak ustalić harmonogram prac aby można było w tym samym czasie realizować różne etapy prac. Oczywistą przecież kwestią jest fakt, że nie każdy pracownik jak też nie każdy sprzęt jest niezbędny każdego dnia do wykonywania przedmiotu zamówienia. Pracownik może w ramach miesięcznego wynagrodzenia wykonywać prace na kilku inwestycjach oddalonych od siebie o kilka kilometrów, a nawet w mniejszej odległości. Odwołujący również bezpodstawnie z góry przewiduje, że Przystępujący na przedmiotowej inwestycji będzie zobowiązany korzystać z podwykonawców, natomiast w ocenie Zamawiającego równie dobrze, o ile rzeczywiście nastąpi taka potrzeba Przystępujący może ewentualnie korzystać z podwykonawców na innych inwestycjach a nie koniecznie w ramach przedmiotowej inwestycji.

Zamawiający podkreślił, iż różnice pomiędzy cenami Odwołującego i Przystępującego wynikają ze zwykłej konkurencji rynkowej, która przemawia na korzyść Przystępującego ze względu na wieloletnią wiedzę i doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, w tym realizacji zamówień na rzecz Zamawiającego. Tym samym w ocenie Zamawiającego Przystępujący posiada wiedzę na temat ryzyk zwianych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Różnica pomiędzy ceną Odwołującego a Przystępującego wynosi jedynie 5%, a różnica pomiędzy ceną Przystępującego a średnią cen wszystkich złożonych ofert wynosi 10%. Różnica pomiędzy ceną oferty najdroższej a Przystępującego to 20%. Tym samym wszystkie zaoferowane ceny są cenami rynkowymi.

Wobec powyższego zarzuty Odwołującego, który zaoferował podobną cenę pomimo, że korzysta przy realizacji z podwykonawców, są bezpodstawne i wiarygodne. Odwołujący dokonuje subiektywnej oceny przedstawionych przez Przystępującego informacji przedstawiając jedynie swój pogląd ustalony na potrzeby niniejszego sporu. Nie ma on natomiast przełożenia na rzeczywistą sytuację Przystępującego i stanowi jedynie bezpodstawną ingerencję w sposób kalkulacji oferty, która stanowi własny zasób wiedzy i umiejętności każdego wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Honorata Tchórz, Przemysław Tchórz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL s.c. w Tomaszowie Mazowieckim [dalej „Przystępujący" lub „BINSTAL"] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 i 21 kwietnia 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego z dnia 18 kwietnia 2023 r. oraz pisma procesowe Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. kosztorys ofertowy Odwołującego oraz ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano Drogowego „BUD – DROG" z dnia 30 marca 2023 r.

Do akt sprawy Izba włączyła również dowody złożone przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 21 kwietnia 2023 r.:

1. kopię umowy z dnia 23 maja 2022 r.;
2. kopię umowy z dnia 8 listopada 2022 r.;
3. dokumentacją powykonawczą dotyczącą zamówień wskazanych w punkcie 1 i 2.

Jednocześnie w poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. ofertę Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM" Sp. z o.o.;
2. ofertę przekazaną na drogą elektroniczną z dnia 18 kwietnia 2023 r.:
3. decyzję nr 109/2021 z dnia 16 lipca 2021 r.

<u>Izba ustaliła, co następuje:</u>

Zgodnie z SWZ, przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji pn.: „Budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej w msc. Ujazd, ul. Antolin, Przesiadłów, Skrzynki – Etap Ib, IIIa, III".

Opracowana dokumentacja obejmuje etapy od I do V, natomiast przedmiotem zamówienia jest wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej wg opracowanej dokumentacji, dla etapu Ib (etap wydzielony z etapu I), etap III, etap IIIa na odcinku o długości ok. 3,741 km wraz z przyłączami o długości ok. 0,766 km.

Przedmiot zamówienia pn.: „Budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej w msc. Ujazd, ul. Antolin, Przesiadłów, Skrzynki – Etap Ib, IIIa, III" obejmuje w szczególności:

1) Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w systemie tłoczno-grawitacyjnym o łącznej długości ok. 3, 741 km,

2) Budowę przyłączy w ilości ok. 107 szt.;

3) Budowę kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej na terenie kolejowym;

4) Przebudowę kolidujących odcinków sieci wodociągowej o długości ok. 7,80 m.

5) Budowę przepompowni wraz z kablami zasilającymi, sterowaniem i monitoringiem – 2 szt.

6) Budowę studni wg dokumentacji;

7) Odtworzenie nawierzchni dróg, chodników;

8) Wykonanie prób instalacji zgodnie z dokumentacja projektową.

Wartość przedmiotu zamówienia wraz z podatkiem od towarów i usług ustalona przed wszczęciem postępowania (Vat 23%) wynosi: 8 382 276,27 zł.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 5 759 165,15 zł, Przystępujący z ceną 5 478 560 zł oraz Kaźmierczak Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Inżynieryjnych Zbigniew Kaźmierczak z ceną 6 799 440 zł.

Z powyższego wynika, iż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi 6 012 388,38 zł brutto. Jednocześnie cena oferty Przystępującego odbiega o 34,64% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W dniu 7 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BINSTAL do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w szczególności

o przedstawienie kalkulacji ceny z podaniem informacji co do kosztów pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny. Zamawiający wskazał, że kalkulacji towarzyszyć powinny wyjaśnienia i dowody co do realności przyjętych podstaw wyceny. Jednocześnie Zamawiający podał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności określone w art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 13 marca 2023 r. BINSTAL złożył wyjaśnienia ceny, w tym przedstawił kalkulację ceny w zakresie wymaganym przez Zamawiającego wraz z dowodem.

W dniu 27 marca 2023 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy BINSTAL. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

<u>Izba zważyła, co następuje:</u>

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty BINSTAL jako zawierającej rażąco niską cenę oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje treść przepisów ustawy Pzp będących podstawą rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) 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;

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

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie

ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami, przy czym wykonawcy mają swobodę w ich doborze.

Następnie Izba wskazuje, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy Pzp). Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru dowodu wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, jak również przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy. Inaczej rzecz ujmując, art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężaru dowodu.

Mając na uwadze opisane wyżej reguły dowodowe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez Przystępującego cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej, w szczególności nie podważył kalkulacji ceny oferty przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. Stanowisko Odwołującego w istocie opierało się li tylko na formalnej polemice z treścią wyjaśnień złożonych przez BINSTAL, oderwanej od wezwania skierowanego do Przystępującego oraz pozbawione było rzeczowych argumentów pozwalających podważyć założenia cenotwórcze przyjęte przez BINSTAL. Zdaniem Izby Odwołujący dokonał subiektywnej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, pod kątem własnej ceny i wyjaśnień dotyczących jej poziomu złożonych Zamawiającemu oraz oczekiwał złożenia przez BINSTAL wyjaśnień, które szczegółowością przekraczałyby zakres wezwania Zamawiającego.

Oceniając argumentację Odwołującego przedstawioną na poparcie rozpoznawanego zarzutu Izba miała na uwadze nie tylko treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BINSTAL, ale również treść skierowanego do wykonawcy wezwania. Pismem z dnia 7 marca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów ofert mających wpływ na kalkulację ceny, w szczególności

Zamawiający oczekiwał przedstawienia kalkulacji ceny z podaniem informacji co do kosztów pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności określone art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe podkreślenia wymaga, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy skierowane do Przystępującego wezwanie miało charakter uproszczony, na co wskazuje odwołanie się do niektórych aspektów określonych art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, a jego kluczowym elementem była kalkulacja ceny obrazująca koszty pracy, materiałów, opłat, zysku i innych elementów składowych ceny. Zamawiający w treści wezwania z dnia 7 marca 2023 r. nie wymagał przedstawienia przez wykonawcę szczegółowego kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru robót zważywszy na ryczałtowy, a zatem stały charakter wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie z rozdziału XXII ust. 4 SWZ wynika, że Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, tj. na etapie zawarcia umowy. Tym samym podnoszony przez Odwołującego brak przedłożenia przez BINSTAL szczegółowego kosztorysu ofertowego nie mógł stanowić o negatywnej ocenie złożonych wyjaśnień poziomu ceny.

Mając na uwadze wyznaczone treścią wezwania wymagania Zamawiającego dotyczące wyjaśnień ceny oferty nie sposób - zdaniem Izby - uznać, że udzielone przez BINSTAL wyjaśnienia nie stanowiły odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Wykonawca BINSTAL w odpowiedzi na pismo z dnia 7 marca 2023 r. przedstawił założenia dotyczące kosztów pracy, materiałów, zysku oraz innych opłat, jak również przedstawił elementy mające w jego przekonaniu korzystny wpływ na zaoferowaną cenę. W szczególności Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał m.in. na: 1. posiadanie personelu dostępnego do realizacji inwestycji ok. 35-40 osób, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, uzyskującego wyższe wynagrodzenie od minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykazującego się długoletnim doświadczeniem, 2. wynegocjowane, preferencyjne warunki cenowe na asortyment niezbędny do realizacji przedmiotowej inwestycji oscylujący na poziomie 60% u dostawcy NEPTUN sp. z o.o., przedkładając ofertę ww. podmiotu z dnia 2 marca 2023 r., 3. posiadanie własnego sprzętu technicznego, potrzebnego do wykonania zadania, przedstawiając szczegółowy wykaz sprzętu, co pozwala na ograniczenie kosztów związanych z jego najmem lub spłaty kosztów leasingu o 12%, 4. planowaną metodę realizacji inwestycji tj. bezwykopkową przewiertem sterowanym przy użyciu sprzętu, będącego jego własnością tj. wiertnic horyzontalnych wraz z zespołem wiertniczym, a także wytwórnię masy bitumicznej, co z kolei implikuje

niezależność Wykonawcy od cen oraz terminów dostawców masy bitumicznej, 5. siedzibę w pobliżu placu budowy, pozwalającą na ok. 20-minutowy dojazd pracowników na miejsce pracy bez konieczności ich zakwaterowania, 6. koszty przerzutu sprzętu na przedmiotową inwestycję na minimalnym poziomie ze względu na fakt realizowania poprzedniego etapu inwestycji na rzecz Zamawiającego na tym samym terenie oraz 7. całość prac zostanie wykonana zasobami własnymi bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę BINSTAL wyjaśnienia poziomu ceny były spójne i logiczne, zawierały wymagane przez Zamawiającego elementy cenotwórcze oraz poparte zostały dowodem w postaci wykazu urządzeń oraz oferty dostawcy materiałów.

Kolejno wskazać należy, iż ocena złożonych wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Stricte formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, ofert co do których wykonawca wyjaśnił w sposób wiarygodny, spójny i logiczny zaoferowaną cenę, a oferta musiałaby zostać odrzucona tylko z uwagi na nieprzedłożenie dowodu, który w okolicznościach danej sprawy nie jest konieczny, czy niezbędny (tak KIO w wyroku z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 557/22).

W kontekście powyższego wskazać należy, iż różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego oraz Przystępującego była nieznaczna i kształtowała się na poziomie 5%. Z kolei różnica między ceną Przystępującego a średnią wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wynosi ok. 10%. Jednocześnie różnica między ceną oferty najdroższej a Przystępującego kształtowała się na poziomie ok. 20%. Tym samym złożone w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia ceny ofert w przedziale 5 478 560 zł – 6 799 440 zł obrazowały rynkowy poziom cen, a wystosowane do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień ceny ofert wynikało z różnicy między wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT a ceną oferty BINSTAL wynoszącą niespełna 35%. Odwołujący tymczasem pominął kwestię wielkości różnicy pomiędzy ceną oferowaną przez Przystępującego i Odwołującego oraz nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, który wskazywał przyczyny, z których może ona wynikać, tj. z założeń wykonawców dotyczących np. poziomu zysku, czy też okoliczności, że Odwołujący zamierza skorzystać z pomocy podwykonawców przy realizacji zamówienia publicznego (odmiennie niż Przystępujący).

Odnosząc się następnie do podważanej przez Odwołującego oferty Neptun Sp. z o.o. stanowiącej – zdaniem Wykonawcy – dowód niewiarygodny po pierwsze zauważyć należy, iż Zamawiający nie żądał od Przystępującego szczegółowych założeń kalkulacyjnych dotyczących materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Po drugie, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż przyjęty przez BINSTAL koszt materiałów (1 519 240,00 zł) jest nierealny. Po trzecie, nie można zgodzić się z Odwołującym, iż rzeczona oferta odnosi się jedynie do trzech rodzajów materiałów (włazy, wpusty żeliwne oraz prefabrykaty

betonowe studni kanalizacyjnych), bowiem z jej treści wynika, że obejmuje ona także materiały wod – kan, które jak twierdził Przystępujący obejmują szereg pozycji. Kwestia szczegół dotyczących rabatów dla poszczególnych materiałów

koniecznych do wykonania zamówienia mogłaby być przedmiotem ewentualnie dalszych wyjaśnień, gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do realności ich wyceny. Tymczasem zarzut zaniechania wezwania wykonawcy BINSTAL przez Zamawiającego do wyjaśnienia tego elementu ceny nie został w odwołaniu sformułowany, a ponadto jak już wskazano powyżej nie wykazano, że koszt materiałów uwzględniony przez BINSTAL odbiega od realiów rynkowych w związku z czym winien budzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości. Po czwarte, z treści oferty Neptun Sp. z o.o. – wbrew twierdzeniom Odwołującego – jednoznacznie wynika, że w przypadku realizacji zamówień na materiały na przedmiotową inwestycję rabaty zostaną utrzymane, a ceny będą konkurencyjne względem innych dostawców.

Podobnie w ocenie Izby należy ocenić zarzuty Odwołującego dotyczące kosztów pracy. Również w tym zakresie Zamawiający nie oczekiwał od Wykonawcy szczegółowej kalkulacji dotyczącej kosztów pracy, w tym w rozbiciu na poszczególne branże, czy też złożenia konkretnych dowodów. BINSTAL w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego podał przyjęty koszt robocizny (2 090 756,87 zł), jak również wyjaśnił, że do realizacji inwestycji posiada ok. 35-40 osób, w tym operatorów sprzętu, kierowców, pracowników administracyjnych oraz pracowników fizycznych/monterów instalacji sanitarnych, którzy zatrudnieni są na podstawie umowy o pracę, a koszty pracy pracowników są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący z kolei nie podjął nawet próby wykazania, że przyjęte przez BINSTAL koszty robocizny są niewiarygodne. Jednocześnie wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika obowiązek udowodnienia przez wykonawcę kosztów określonych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6, lecz obowiązek żądania przez zamawiającego wyjaśnień, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Ponadto jak już wskazano powyżej przepisy ustawy Pzp regulujące kwestię procedury rażąco niskiej ceny pozostawiają wykonawcom dowolność w dobrze odpowiednich dowodów, przy czym ich złożenie nie w każdych okolicznościach będzie niezbędne czy też możliwe.

Wskazać ponadto należy, iż dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny winna zostać przeprowadzona kompleksowo, w tym z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia publicznego, zasad doświadczenia życiowego oraz logiki. W okolicznościach sprawy Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia BINSTAL ocenił z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia na temat Przystępującego zdobytych w ramach trzech prowadzonych postępowań przetargowych oraz realizacji przez BINSTAL inwestycji kanalizacyjnych na terenie Gminy Ujazd. W szczególności mając wiedzę o zaoferowanych przez Przystępującego cenach we wcześniejszych postępowaniach o analogicznym zakresie

przedmiotowym Zamawiający mógł proporcjonalnie do wielkości inwestycji porównać zaoferowane ceny, co też uczynił i stwierdził, że są one w stosunku do jednego metra wykonanej kanalizacji zbieżne, a nawet w przedmiotowym postępowaniu wyższe od wcześniejszych, co potwierdza rynkowy charakter kalkulacji BINSTAL. Nie można pominąć, iż Zamawiający (gmina) jako inwestor posiada określone informacje z urzędu, które mogą być pomocne przy ocenie rzetelności i wiarygodności wyjaśnień poziomu ceny złożonych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił m.in. że posiada wiedzę, że Przystępujący ma bazę w pobliżu przedmiotowej inwestycji oraz że BINSTAL obecnie realizuje inwestycję oddaloną niespełna kilometr od przedmiotu niniejszego postępowania. W takim przypadku nie jest niezbędne dodatkowe dowodzenie przez Przystępującego odległości siedziby firmy od placu budowy, skoro są to informacje ogólnodostępne i znane Zamawiającemu. Ponadto dotychczasowa, prawidłowa współpraca z Przystępującym w ramach innych postępowań przetargowych, w tym dotyczących inwestycji kanalizacyjnych na terenie gminy (na co wskazują dowody Zamawiającego), potwierdza, że BINSTAL posiada doświadczenie, kadrę techniczną oraz sprzęt niezbędny do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia. Jednocześnie z uwagi na fakt realizowania przez Przystępującego poprzedniego etapu inwestycji na tym samym terenie, Wykonawcy znana jest specyfika zadania, w tym dokumentacja projektowa oraz uwarunkowania terenowe, co z kolei pozwala uznać za wiarygodne twierdzenia Wykonawcy dotyczące odpowiedniej koordynacji prac przekładającej się na koszty transportu sprzętu czy braku konieczności zakwaterowania pracowników. Nie budziła również wątpliwości Izby okoliczność dysponowania przez Przystępującego własną wytwórnią masy bitumicznej, co do której istnienia Zamawiający posiadał pełną wiedzę na podstawie dotychczasowej współpracy z BINSTAL, co potwierdzają złożone przez Zamawiającego dowody i co z kolei uniezależniało BINSTAL od cen innych producentów oraz terminów dostawy masy bitumicznej.

Za oparte na przypuszczeniach Izba uznała stanowisko Odwołującego jakoby fakt realizacji przez Przystępującego innych inwestycji wymagających zaangażowania znacznej ilości sprzętu i ludzi przekładał się na konieczność skorzystania z pomocy podwykonawców przy wykonaniu niniejszego zamówienia publicznego. Słusznie w ocenie Izby argumentował Zamawiający, że o ile rzeczywiście wystąpi taka potrzeba Przystępujący może ewentualnie korzystać z pomocy podwykonawców na innych inwestycjach, a nie koniecznie w ramach przedmiotowego zadania publicznego. Nieprawidłowo również Odwołujący – na podstawie treści wyjaśnień Przystępującego – wywiódł, że skoro Przystępujący posiada 35-40 osób, to na chwilę obecną na każdej inwestycji prowadzonej przez Wykonawcę pracuje 8 osób. Wskazać należy, iż z treści wyjaśnień BINSTAL wynika, iż liczba pracowników (ok. 35-40) dotyczy osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, iż sposób koordynacji prac przy użyciu odpowiedniego sprzętu oraz zaangażowaniu potencjału kadrowego jest wewnętrzną decyzją każdego wykonawcy, którego zadaniem jest prawidłowa realizacja zamówienia publicznego. Oczywiste jest, że nie każdy pracownik czy też sprzęt jest niezbędny każdego dnia do wykonywania danego rodzaju prac. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby pracownik w ramach miesięcznego wynagrodzenia wykonywał prace na kilku inwestycjach. Podobnie sprzęt może być używany na kilku zadaniach.

W końcu podkreślenia wymaga, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący nie wykazał przedłożonymi dowodami, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, w tym że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę. Jak już wskazano powyżej Odwołujący de facto nie polemizował z wysokością podanych przez Przystępującego kosztów robocizny, materiałów, zysku czy innych opłat. Oceny Izby nie

zmieniły dowody przedstawione przez Odwołującego w toku rozprawy, które nie wskazują na nierealny charakter ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Złożony przez Odwołującego jako dowód kosztorys ofertowy potwierdza jedynie sposób kalkulacji ceny oferty przyjęty przez Wykonawcę i nie podważa kalkulacji ceny oferty dokonanej przez Przystępującego.

O uznaniu zarzutu nie mogła przesądzić także złożona przez Odwołującego jako dowód oferta Przedsiębiorstwa Budowlano Drogowego „BUD – DROG" z dnia 30 marca 2023 r. zawierająca ceny jednostkowe netto za tonę masy asfaltowej dla odtworzenia nawierzchni warstwy wiążącej (250 zł) oraz ścieralnej (250 zł). Dowód ten pokazuje, iż dany podmiot oferuje sprzedaż masy asfaltowej dla odtworzeń nawierzchni drogowej za określoną kwotę. Jednocześnie Odwołujący nie polemizował z twierdzeniami Przystępującego, który kwestionował wysokość stawki za tonę masy asfaltowej wynikającą z ww. dowodu wskazując na jej zaniżony charakter, powołując się przy tym na własne dowody, z których wynika, iż ceny netto za tonę mieszanek mineralno asfaltowych w zależności od rodzaju warstwy kształtują się na poziomie ponad 300 zł (oferta Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM" Sp. z o.o.: warstwa wiążąca – 355 zł/t, ścieralna – 391 zł/t; oferta przekazana drogą elektroniczną z dnia 18 kwietnia 2023 r.: AC 11 W 50/70 KR ½ - 315 zł netto/tona, AC 11S 50/70 KR ½ - 334 netto/tona) oraz wskazując, że oferta przedstawiona przez Odwołującego może dotyczyć produktu niepełnowartościowego.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż inicjatywa dowodowa Odwołującego podjęta w toku niniejszego postępowania odwoławczego nie dała podstaw do wzruszenia założeń kalkulacyjnych przyjętych przez Przystępującego do obliczenia ceny oferty. Jednocześnie wyjaśnienia ceny oferty złożone przez BINSTAL były adekwatne do treści wezwania Zamawiającego, spójne, poparte dowodami i nie wskazywały na realizację zamówienia poniżej kosztów roboty budowlanej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez wykonawcę BINSTAL cena oferty jest rażąco niska. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie mogły zostać uznane za zasadne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..