

Sygn. akt: KIO 3783/23

WYROK
z dnia 29 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Metrolog sp. z o.o., ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Lubasz, ul. Bolesława Chrobrego 37, 64-720 Lubasz**, przy udziale wykonawcy: **Zakład Robót Instalacyjno-Inżynierskich Hydroplex sp. o.o.sp.k., ul. Sosnowa 6, 77-400 Złotów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Robót Instalacyjno-Inżynierskich Hydroplex sp. o.o. sp.k. na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Lubasz, ul. Bolesława Chrobrego 37, 64-720 Lubasz w części 2/3 oraz odwołującego Metrolog sp. z o.o., ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków w części 1/3, i:
 - 3.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 1 621 zł 50 gr (słownie: jeden tysiąc sześćset dwadzieścia jeden złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem dojazdu odwołującego na rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty od pełnomocnictwa odwołującego,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Lubasz, ul. Bolesława Chrobrego 37, 64-720 Lubasz, na rzecz odwołującego: Metrolog sp. z o.o., ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków, kwotę 10 159 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy sto pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 3783/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Lubasz, ul. Bolesława Chrobrego 37, 64-720 Lubasz, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci wodociągowej do m. Dębe i Krucz, przebudowa sieci wodociągowej i modernizacja SUW w Stajkowie i budowa stacji podnoszenia ciśnienia w m. Sławienko”, numer referencyjny: RG.V.271.12.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.10.2023 r., nr 2023/BZP 00461750/01.

W dniu 18.12.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Metrolog sp. z o.o., ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie ich zastosowania i w konsekwencji odrzucenia oferty HYDROPEX, pomimo tego, że HYDROPEX nie udzielił wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz nie przedstawił dowodów w tym zakresie,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 oraz 3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania, pomimo tego, że ocena wyjaśnień HYDROPEX, potwierdza, że HYDROPEX zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego dla dokonanej czynności wyboru oferty HYDROPEX, co

skutkowało naruszeniem prawa Odwołującego do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia Odwołującemu prawa skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, gdyż uniemożliwiło Odwołującemu sformułowanie wyczerpujących zarzutów odwołania i polemizowanie ze stanowiskiem Zamawiającego, co do zgodności czynności Zamawiającego z ustawą Pzp.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje

„4. Średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 6.906.007,34 zł brutto, tym samym oferta HYDROPEX jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o ok. 42%. Ponadto, Zamawiający poinformował, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 6.406.659,18 zł brutto. Odwołującemu nie został udostępniony protokół postępowania, zatem Odwołujący zakłada, że kwota ta jest równa szacunkowej wartości zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością. Powyższe również dowodzi, że oferta złożona przez HYDROPEX w Postępowaniu opiewająca na kwotę 4.000.000,00 zł brutto, może być rażąco niska. (...)

6. Zamawiający w dniu 27 listopada 2023 r. wezwał HYDROPEX do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, precyzyjnie wskazując udzielenia jakich informacji Zamawiający oczekuje. (...)

7. HYDROPEX w dniu 29 listopada 2023 r. przedłożył pismo nazwane jako „wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny”. Niemniej, ze względu na lakoniczny charakter pisma, nie może być ono uznane za wyjaśnienia korespondujące z wezwaniem Zamawiającego, o którym mowa w akapicie 6 powyżej. HYDROPEX nie przedłożył również żadnych dowodów na poparcie stanowiska wskazanego w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r. (...)

10. Porównując zatem zakres wezwania Zamawiającego z wyjaśnieniami udzielonymi przez HYDROPEX uznać należy, że nie są one adekwatne do treści wezwania Zamawiającego i z nim nie korespondują. Przede wszystkim zaś HYDROPEX nie ustosunkował się do ponad połowy zakresów rzeczowych wskazanych przez Zamawiającego. Prócz szukać w wyjaśnieniach HYDROPEX chociażby informacji na temat:

1) 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

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

4) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

11. Oceniając pismo HYDROPEX z dnia 29 listopada 2023 r. nie sposób uznać, iż stanowią one wyjaśnienia kalkulacji ceny, korespondujące z wezwaniem Zamawiającego, a tym samym należy uznać, że HYDROPEX w rzeczywistości nie złożył wyjaśnień kalkulacji ceny w terminie i zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

12. Przy czym, rozważając przedmiotową kwestię zupełnie teoretycznie i wyprzedzająco, uznać należy, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw by powtórnie wezwać HYDROPEX do wyjaśnień, skoro pierwotne wyjaśnienia w rzeczywistości nie zostały złożone w zakresie i terminie wymaganym przez Zamawiającego. (...)

15. Wyjaśnienia HYDROPEX są niezwykle ogólne i niepotwierdzone żadnymi konkretnymi okolicznościami czy dowodami. HYDROPEX wskazuje przykładowo, że podstawą do wyceny oferty były oferty dostawców materiałów i urządzeń. Oferty takie zatem istnieją, skoro na ich podstawie HYDROPEX dokonał kalkulacji oferty. Niemniej oferty te nie zostały załączone do wyjaśnień, celem weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości stanowiska HYDROPEX w tym zakresie tych ofert i ich zgodności z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SWZ. (...)

17. HYDROPEX wskazał również w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r., iż *W zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, bardzo korzystnym aspektem dla Wykonawcy jest fakt, że przez okres prowadzenia działalności firma dorobiła się własnego, nowoczesnego sprzętu, urządzeń budowlanych i technologii. Ponadto dysponujemy własnym sprzętem do wykonania w/w inwestycji metodą bezwykopową (3 wiertnice do przewiertów sterowanych), na którą Zamawiający wyraził zgodę w dokumentacji technicznej, oraz w udzielonych odpowiedziach do przetargu, co znacznie obniża koszty i czas realizacji przedmiotowych zadań*. Wykonawca jednak w żadnej mierze nie udowodnił powyższego. Udowodnienie posiadania określonego sprzętu jest przy tym możliwe i łatwe. Wystarczające byłoby wskazanie przykładowo faktur zakupu sprzętu lub wykazu środków trwałych przedsiębiorstwa, sporządzanego dla celów księgowych.

18. (...) Warto wskazać, że załącznikiem do oferty był kosztorys sporządzony przez HYDROPEX, w którym jednoznacznie wskazał i wycenił koszty sprzętu, w następujący sposób: (...)

19. Z powyższego zestawienia jednoznacznie wynika, że HYDROPEX nie przewidział do realizacji zamówienia żadnej wiertnicy do przewiertów sterowanych, a tym bardziej nie przewidział zatem zastosowania 3 sztuk takiego sprzętu.

20. HYDROPEX wskazał również w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r., że *Skuteczne metody zarządzania firmą i*

samym procesem budowy, dobra organizacja pracy, reżim technologiczny, kontrola jakości oraz wykwalifikowana kadra techniczna są naszym atutem". HYDROPEX również w tym zakresie nie przekazał żadnych dowodów. Niezależnie jednak od powyższego, notyfikować należy, że tego rodzaju sformułowania są na tyle ogólne, że z całą pewnością można je przypisać każdemu wykonawcy, który złożył ofertę w Postępowaniu. Nie są to zatem okoliczności, które są dostępne wyłącznie dla HYDROPEX i dają mu przewagę na rynku. (...)

25. Na szczególną uwagę zasługuje wskazanie przez HYDROPEX w piśmie z dnia 29 listopada 2023 r., że (...) *wartość cenowa oferty uwzględnia wszelkie niezbędne i przewidziane nakłady oraz koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia, co odzwierciedlenie znajduje w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym*". Kosztorys ofertowy sporządzany przez Wykonawców i załączany do oferty był przygotowany na przedmiarach robót udostępnionych przez Zamawiającego, stanowiących załącznik nr 9 do SWZ. Powyższe należy zatem zestawzić z pkt. XVII.3 SWZ, zgodnie z którym: (...)

26. Tym samym, HYDROPEX dokonał kalkulacji ceny oferty bazując wyłącznie na udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarach, pomijając jednak pozostałe wytyczne Zamawiającego, dotyczące kalkulacji ceny oferty. Z wyjaśnień HYDROPEX z dnia 29 listopada 2023 r. w żadnej mierze nie wynika przy tym, że założył jakikolwiek bufor w zakresie ryzyk kontraktowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Już sama ta kwestia przesądza, w opinii Odwołującego, że cena ofertowa HYDROPEX nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nierealne jest wykonanie przedmiotu zamówienia, określonego w projekcie budowlanym i STWiORB, za cenę 4.000.000,00 zł brutto. (...)

28. Niezależnie jednak od powyższego, w kosztorysie HYDROPEX znajduje się zestawienie robocizny, tj.: (...)

29. Należy zauważyć, że w zestawieniu tym brakuje informacji o wynagrodzeniu specjalistów, tj. kierowników robót, których HYDROPEX wskazał, jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w Wykazie osób, przedłożonym jako podmiotowy środek dowodowy na wezwanie Zamawiającego. (...)

30. HYDROPEX w żadnej mierze nie skalkulował kosztów zatrudnienia powyższych osób w ofercie. Przy czym, nieuprawnione byłoby przyjęcie, że tego rodzaju specjaliści, mogliby zostać zatrudnieni lub HYDROPEX współpracowałby z takimi osobami, w oparciu o minimalne wynagrodzenie o pracę lub minimalną stawkę godzinową. Zatrudnienie tego rodzaju specjalistów przy realizacji robót budowlanych trwających 14 miesięcy, jest zatem kosztem istotnym. (...)

32. Zatem nawet, gdyby przyjąć, że kierownicy robót zarabiają najniższą możliwą, rynkową stawkę brutto, tj. 7.930 zł (co jest niewiarygodne przy kierownikach robót z kilkunastoletnim stażem), to HYDROPEX nie skalkulował w ofercie z tego tytułu co najmniej kwoty 444.080 zł brutto ($7.930 \text{ zł} \times 4 \text{ osoby} \times 14 \text{ miesięcy okresu realizacji}$). (...)

34. Mając na uwadze powyższe, HYDROPEX nie skalkulował w ofercie kosztów pracodawcy, związanych z zatrudnieniem kierowników robót w łącznej wysokości: 533.008,00 zł ($9.518 \text{ zł} \times 4 \text{ kierownicy robót} \times 14 \text{ miesięcy realizacji zamówienia}$).

35. Niezależnie jednak od powyższego, stosownie do wymagań wskazanych w pkt. III.3 SWZ, Zamawiający wymagał, by osoby wykonujące w ramach realizacji zamówienia roboty budowlane przez robotników, w tym roboty montażowe w zakresie wykonania sieci wodociągowej, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Powyższe oświadczył zresztą HYDROPEX w wyjaśnieniach z dnia 29 listopada 2023 r. HYDROPEX wskazał jednocześnie w przedostatnim akapicie wyjaśnień z dnia 29 listopada 2023 r., iż zapewnia „godziwe płace dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”.

36. Należy zatem wrócić do zestawienia robocizny, wskazanego w kosztorysie HYDROPEX, a powołanego w akapicie 28 powyżej. Istotne jest również wskazanie, że większość realizacji zamówienia przypadnie na rok 2024 r. HYDROPEX wskazał w kosztorysie, że stawka roboczogodziny dla pracownika, to średnio 27,81 zł. Przyjąć należy, iż jest to całkowity koszt pracodawcy. Przy czym, od stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie o pracę wynosić będzie 4242 zł brutto/mc, zaś od lipca 2024 r. 4300 zł brutto/mc. Koszt dla pracodawcy przy ww. wynagrodzeniu, to odpowiednio: 5.092,00 zł/mc oraz 5.161,00 zł/mc. Tym samym, zakładając pracę 40h w tygodniu, tj. 160h w miesiącu, to koszt pracodawcy w zakresie godzinowej stawki dla pracownika zatrudnionego na umowie o pracę lub zlecenia wynosi odpowiednio 31,83 zł/h oraz 32,26 zł/h. Tym samym, z wyjaśnień HYDROPEX, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż nie doszacował on kosztów pracowniczych, a wskazane przez niego koszty są niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, co stanowi naruszenie kodeksu pracy.

37. Warto również wskazać, że w zestawieniu kosztów robocizny HYDROPEX w ogóle nie uwzględnił kosztów geodety, które w tym konkretnym zamówieniu mogą wynosić kilkadziesiąt do kilkaset tysięcy złotych. Istotne jest, że zgodnie z pkt 8.8 ST-00 (stanowiącej część STWiORB i opisu przedmiotu zamówienia), wykonawca musi sporządzić inwentaryzację powykonawczą geodezyjną: (...)

39. Mając na względzie powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta HYDROPEX zawiera cenę rażąco niską, a zatem oferta HYDROPEX winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. (...)

44. Skoro w Postępowaniu zaistniał obowiązek wezwania HYDROPEX do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny,

stosownie do art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, co zostało zakomunikowane Zamawiającemu dodatkowo przez Odwołującego, to Zamawiający winien dokonać w informacji o wyborze oferty uzasadnienia prawnego oraz faktycznego dla dokonanej czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty HYDROPEX. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie odniósł się w informacji o wyborze oferty do kwestii badania rażąco niskiej ceny w ofercie HYDROPEX, (...)

46. Tym samym, Odwołujący nie wie dlaczego Zamawiający uznał wyjaśnienia HYDROPEX w zakresie rażąco niskiej ceny za wyjaśnienia wyczerpujące i wystarczające. Odwołujący nie wie zatem co legło u podstaw wyboru oferty HYDROPEX jako najkorzystniejszej, w tym Odwołujący nie wie w jaki sposób Zamawiający ocenił przekazane wyjaśnienia. Powyższe, znacząco utrudnia polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego oraz uniemożliwiło Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej."

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty HYDROPEX,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, a w jej następstwie uznania, iż oferta HYDROPEX podlega odrzuceniu oraz dokonania wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich ocenie – wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W dniu 21.12.2023 r. wykonawca Zakład Robót Instalacyjno-Inżynierskich Hydropex sp. o.o. sp.k., ul. Sosnowa 6, 77-400 Złotów (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i przedstawił swoją argumentację w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28.12.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 29.12.2023 r. Odwołujący odniósł się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej w miejscowościach Dębe, Nowina i Krucz rozdzielczej wraz z przyłączami wodociągowymi i niezbędną infrastrukturą wodociągową oraz przebudową istniejącej sieci wodociągowej i wymianą zestawu hydroforowego na stacji uzdatniania wody w miejscowości Stajkowo. Ponadto w zakres inwestycji wchodzi budowa stacji podnoszenia ciśnienia w miejscowości Sławienko wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

W rozdziale XVII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał m.in.:

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz projektowanymi postanowieniami umowy – wór umowy - załącznik nr 10 do SWZ.
3. Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową. Z tego względu cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również koszty w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia, w tym np. koszty ewentualnego odwodnienia gruntów. Przedmiar robót – zał. nr 9 załączono do SWZ w celu ułatwienia Wykonawcom przygotowania oferty, lecz ma on wyłącznie pomocniczy charakter, co oznacza, że podstawą kalkulacji ceny ofertowej, odbiorów oraz rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest zakres robót wynikający z projektu budowlanego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.
4. Zamawiający określa, że za czynności niezbędne do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, należy uznać czynności robotnika opisane w przedmiarze robót, jak również wszelkie czynności w przedmiarze nieujęte, których konieczność dokonania wynika z dokumentacji projektowej – jeżeli są to czynności wykonywane przez robotnika.
5. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę przedmiotu zamówienia, w tym uwzględnić wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, kompletnego z punktu widzenia celu, jakiemu ma służyć.

W postępowaniu złożono 6 ofert z następującymi cenami:

Lp.	Firma (nazwa) oraz adres wykonawcy	Cena ofertowa brutto
1.	HYDRO-GAZ SWARZĘDZ SP Z O.O. SP.K. ul. Kórnicka 166, 62-020 Zalasewo	6.473.349,33 zł
2.	Z.U.H. HYDRAULIK B.M. ul. Kołobrzeska 18, 64-920 Piła	5.559.022,39 zł
3.	METROLOG Sp. z o.o. ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków	5.496.870,00 zł
4.	BUD-AN Sp. z o.o. ul. Piekarska 5/4, 62-800 Kalisz	9.818.414,80 zł
5.	Zakład Robót Instalacyjno – Inżynierskich HYDROPEX Sp. z o.o. Sp. k. ul. Sosnowa 6, 77-400 Złotów	4.000.000,00 zł

6.	ATA-TECHNIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo – Akcyjna Osiedle Cechowe 31,64- 840 Budzyń	10.088.387,50 zł
----	--	------------------

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 5.208.666,00 zł netto, tj. 6.406.659,18 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 6.906.007,34 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty Przystępującego jest o ok. 37,57% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 42,08% niższa od średniej arytmetycznej ofert.

Pismem z dnia 27.11.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty wraz z dowodami. Zamawiający w ww. wezwaniu powołał okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1- 7 ustawy Pzp.

W odpowiedzi z dnia 29.11.2023 r. wskazał, że:

- 1) jest następcą prawnym innego zakładu posiadającego 34-letnie doświadczenie i „Zdobyte przez lata doświadczenie, duży udział i zakres usług na rynku usług budowlanych w szczególności robót instalacyjno-inżynierskich, współpraca ze stałymi dostawcami materiałów i podmiotami świadczącymi usługi okołobudowlane pozwoliła przy dokonaniu wyceny zadania wynegocjować atrakcyjne warunki i marże handlowe, co pozwoliło na efektywne i skuteczne obniżenie zaoferowanej przez nas ceny”;
- 2) podstawą kalkulacji jego ceny były:
 - dokumentacja projektowa, wskazane w niej metody, materiały i ilości robót oraz
 - warunki i wymagania zawarte w SWZ,
 - specyfikacja techniczna STWiOR,
 - określenie nakładów (R+M+S) wg stosownych Katalogów Nakładów Rzeczowych i własnych norm zakładowych oraz wyliczenie kosztów z uwzględnieniem elementów kosztotwórczych,
 - oferty dostawców materiałów i urządzeń,
 - stawki robocizny i sprzętu,
 - odpowiedzi Zamawiającego,
- 3) „Cena wskazana w ofercie stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, która według Wykonawcy uwzględni wszystkie wymagania postawione w SWZ i pozostałych udostępnionych przez Zamawiającego dokumentach na podstawie, których przeprowadzono postępowanie przetargowe”;
- 4) bardzo korzystny aspekt i oszczędna metoda wykonania zamówienia wynika z tego, że dorobił się własnego nowoczesnego sprzętu, urządzeń budowlanych i technologii, w tym dysponuje własnym sprzętem do wykonania ww. inwestycji metodą bezwykopową (3 wiertnice do przewiertów sterowanych),
- 5) „Skuteczne metody zarządzania firmą i samym procesem budowy, dobra organizacja pracy, reżim technologiczny, kontrola jakości oraz wykwalifikowana kadra techniczna są naszym atutem”;
- 6) nie ponosi strat, zapewnia co najmniej minimalny zysk oraz godziwe płace dla pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę.

Przystępujący nie dołączył żadnych dowodów do ww. wyjaśnień.

Pismem z dnia 13.12.2023 r. (przekazanym w dniu 14.12.2023 r.) Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego wskazując, że: „Oferta Zakład Robót Instalacyjno Inżynierskich HYDROPE Sp. z o.o. Sp. k. ul. Sosnowa 6, 77-400 Złotów była zgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i uzyskała najlepszą punktację”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

3. 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. poz. 2207) 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.

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.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
 - 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliżuje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Kolejną kwestią, która wymaga wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, jest podniesiona przez Przystępującego kwestia ogólnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 27.11.2023 r. wskazując okoliczności, których wyjaśnienia oczekiwał, rzeczywiście ograniczył się do przytoczenia treści art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 ustawy Pzp.

Niemniej jednak, po pierwsze, ogólne wezwanie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie ma w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogą się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego

wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki został wskazany w wezwaniu i jaki dodatkowo sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy”.

Jak już wyżej wskazano, w niniejszej sprawie Zamawiający skierował do Przystępującego ogólne wezwanie oparte na treści art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 ustawy Pzp, niemniej jednak, jak słusznie podniesiono w odwołaniu, Przystępujący nawet w zakresie okoliczności wskazanych w ww. przepisach nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień. Opierając się w tym miejscu tylko na treści udzielonych wyjaśnień, należy zauważyć, że przykładowo Przystępujący:

- 1)powoływał się na zdobyte przez lata doświadczenie, duży udział i zakres usług na rynku usług budowlanych, w szczególności robót instalacyjno-inżynierskich, na współpracę ze stałymi dostawcami materiałów i podmiotami świadczącymi usługi okołobudowlane, ale poza wskazaniem powyższych ogólników nie wyjaśnił, w jaki sposób przekładają się one na cenę jego oferty, a zwłaszcza: o jakie konkretne materiały i usługi okołobudowlane chodzi, w jakim zakresie i po jakich kosztach zamierza je wykorzystać, czy korzysta w tym zakresie z jakichś upustów, a jeśli tak - to w jakiej wysokości,
- 2)wskazywał, że ww. okoliczności pozwoliły na wynegocjowanie atrakcyjnych warunków i marży handlowych oraz na efektywne i skuteczne obniżenie zaoferowanej ceny, ale nie wskazał: czego dotyczą te atrakcyjne warunki i co powoduje, że należy je uznać na rynku za „atrakcyjne”, jakie konkretne marże na jakie materiały / usługi wynegocjował z jakimi dostawcami / usługodawcami, a także - o ile pozwoliło mu to obniżyć cenę oferty,
- 3)wskazywał, że jego cena stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych, ale ponownie poza powołaniem takich ogólników, nie wyjaśnił, o jakie konkretne warunki chodzi, co powoduje, że należy je uznać na rynku za „sprzyjające”, w jaki sposób te warunki przekładają się na cenę oferty i powodują jej obniżenie w stosunku do cen innych wykonawców,
- 4)wskazywał, że bardzo korzystny aspekt i oszczędna metoda wykonania zamówienia wynika z tego, że dorobił się własnego nowoczesnego sprzętu, urządzeń budowlanych i technologii, ale nie wskazał (poza trzema wiertnicami), o jaki sprzęt i urządzenia budowlane chodzi i w jaki sposób fakt, że są one jego własnością wpływa na „bardzo korzystny aspekt i oszczędną metodę wykonania zamówienia”,
- 5)wskazywał na wykonanie zamówienia metodą bezwykopową, ale nie wskazał, w jaki sposób zastosowanie tej metody przekłada się na cenę oferty, w szczególności: jaka organizacja robót, materiały, ilość potrzebnych pracowników, czy czas realizacji zamówienia wiążą się z zastosowaniem tej metody i jak wpływa to na obniżenie ceny oferty,
- 6)wskazywał na skuteczne metody zarządzania firmą i samym procesem budowy, dobrą organizację pracy, reżim technologiczny, kontrolę jakości oraz wykwalifikowaną kadrę techniczną, ale nie wyjaśnił, jakie konkretne metody zarządzania przewiduje, jaką konkretną organizację i reżim technologiczny pracy zamierza zastosować, na czym polega powoływana kontrola jakości, jakie są szczególne kwalifikacje jego kadry technicznej i przede wszystkim – w jaki sposób wszystkie te wymienione ogólnikowo okoliczności wpływają na cenę oferty i powodują jej obniżenie w stosunku do cen innych wykonawców,
- 7)wskazywał, że zapewnia godziwe płace dla pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę, ale przede wszystkim nie wskazał wysokości wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach, a ponadto: ilości osób, które zamierza zaangażować do wykonywania zamówienia, ani przewidywanej organizacji robót, dzięki której taka a nie inna ilość osób pracujących na danych stanowiskach, w tym kadry zarządzającej, jest w ogóle wystarczająca,
- 8)wskazywał, że nie ponosi strat i zapewnia co najmniej minimalny zysk, ale nie wskazał przewidywanej wysokości tego zysku, ani kwoty przeznaczonej na pokrycie ryzyk, które mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia, ani wszystkich innych wyżej wskazanych w punktach okoliczności, które pozwalałyby na założenie, że przy tej cenie w ogóle realne jest osiągnięcie jakiegokolwiek zysku.

Ponadto należy zgodzić się z Odwołującym, że dodatkowo Przystępujący nie wskazał także kosztów związanych z ochroną środowiska, czyli w tym wypadku – z utylizacją odpadów oraz kosztów kadry zarządzającej i geodety. Wyjaśnienia Przystępującego są pełne ogólników, z których w ogóle nie wynika, w jaki sposób Przystępujący ustalił cenę swojej oferty. Wyjaśnienia nie zawierają żadnej kalkulacji ceny, w szczególności: żadnych założeń organizacyjnych, czy kadrowych, żadnych stawek za robociznę, materiały, czy paliwo, nie zawierają wskazania żadnych okoliczności

dostępnych na rynku tylko Przystępującemu i żadnego wyjaśnienia, w jaki sposób okoliczności te miałyby pozwolić na obniżenie ceny oferty. Wyjaśnienia Przystępującego nie dają żadnego obrazu, skąd wzięła się w jego ofercie taka a nie inna cena. W tym stanie rzeczy, mimo nawet ogólnego wezwania z dnia 27.11.2023 r., nie można uznać, że Przystępujący sprostował obowiązki złożenia szczegółowych, rzetelnych i spójnych wyjaśnień uzasadniających cenę jego oferty. Oznacza to, że jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Po drugie, należy zauważyć, że nawet w ogólnym wezwaniu z dnia 27.11.2023 r., zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żądał złożenia dowodów. Przystępujący nie złożył zaś żadnych dowodów. Tymczasem składając wyjaśnienia o treści wskazanej powyżej Przystępujący powinien był dołączyć jako dowody przykładowo: dokumenty potwierdzające posiadanie na własność określonego sprzętu, umowy lub oferty handlowe od dostawców materiałów i podmiotów świadczących usługi okołobudowlane, zanonimizowane umowy o pracę. Brak złożenia jakichkolwiek dowodów, bez względu nawet na zakres udzielonych wyjaśnień, stanowił samodzielną podstawę odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego, który ocenił cenę oferty Przystępującego głównie opierając się na jego kosztorysie ofertowym, z którego wynika zamiar zastosowania metody bezwykopowej, pomijając już nawet słusznie wskazany przez Odwołującego fakt, że metoda ta nie może być zastosowana do wykonania całego zamówienia, przede wszystkim należy podkreślić, że w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do dokonywania oceny w oparciu o inne dokumenty i nie jest uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyręcznie wykonywanie w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Przystępujący wspominał wprawdzie w wyjaśnieniach „jednym słowem” o metodzie bezwykopowej i trzech wiertnicach, ale jak już wyżej wskazano, w ogóle nie wyjaśnił, w jaki sposób zastosowanie tej metody przekłada się na cenę oferty. Cała narracja w tym zakresie została zbudowana przez Zamawiającego, bo z samych wyjaśnień nic w tym zakresie nie wynika. Zatem argumenty Zamawiającego odnoszące się do kosztorysu ofertowego nie mają żadnego znaczenia dla oceny ceny oferty Przystępującego, gdyż podstawą do dokonywania takiej oceny powinny być wyjaśnienia Przystępującego wraz z dowodami. Skoro Przystępujący złożył ogólnikowe wyjaśnienia bez dowodów, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z ww. powodów nie ma także znaczenia dotychczasowa współpraca Zamawiającego z Przystępującym, a powoływanie się na nią mogłoby sugerować, że Zamawiający stawia inne wymagania wykonawcom, z którymi dotąd nie współpracował, a inne wykonawcom, którzy wykonywali już zamówienia na jego rzecz i od których w związku z tym nie oczekuje rzetelnych, spójnych i konkretnych wyjaśnień, a taka sytuacja prowadziłaby do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że podstawą do badania ceny oferty mogą być jedynie wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś ewentualne wyjaśnienia i dowody złożone przed Izbą w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że wyjaśnienia i dowody Przystępującego przedstawione na posiedzeniu i dołączone do przystąpienia nie mogą być przedmiotem oceny Izby, gdyż nie były zawarte w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Dlatego też Izba pominęła je rozpoznając niniejszą sprawę. Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą oceny, czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska, są wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia (bez dowodów) nie potwierdzają realności ceny jego oferty.

Odnosząc się do pozostałych argumentów Zamawiającego, należy wskazać, że:

- ryczałtowy charakter wynagrodzenia i ryzyko, jakie ponosi wykonawca przy tym wynagrodzeniu nie zwalnia zamawiającego ze stosowania art. 224 i art. 16 ustawy Pzp, zwłaszcza, że wybór najtańszej oferty jako najkorzystniejszej bez badania realności ceny tej oferty tylko dlatego, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, skutkowałby też pozbawianiem innych wykonawców, którzy rzetelnie skalkulowali swoje ceny, możliwości uzyskania zamówienia publicznego,
- postanowienia waloryzacyjne służą zmianie wynagrodzenia w sytuacji zaistnienia niezależnych od stron czynników określonych w umowie, nie zaś w sytuacji błędnego od początku skalkulowania ceny oferty przez wykonawcę,
- nawet jeśli kadra zarządzająca robotami będzie wykonywać swoje zadania nie tylko na tej budowie, to przecież koszty jej pracy Przystępujący musi ponosić także w ramach realizacji niniejszego zamówienia i powinien był te koszty wykazać w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, a nie dopiero w toku postępowania odwoławczego (pomijając, że nawet w pkt 29 przystąpienia Przystępujący nadal ogólnikowo powołuje się na koszty pośrednie bez wskazania

konkretnej wysokości kosztów zatrudnienia kadry zarządzającej i bez wskazania, na podstawie jakich założeń przyjął te koszty w takiej a nie innej wysokości).

Odnosząc się wreszcie do powoływanej przez Zamawiającego ustawy o finansach publicznych i interesie Gminy w wyborze najtańszej oferty, należy zauważyć, że obowiązkiem zamawiającego jest wybór oferty najkorzystniejszej, co nie zawsze oznacza ofertę najtańszą. W szczególności nie jest ofertą najkorzystniejszą oferta podlegająca odrzuceniu, w tym na podstawie art. 226 ust. 1 lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż nie może być ona nawet oceniana w świetle kryteriów oceny ofert. Ponadto należy wskazać na art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b-1bc, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, zawarcia umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu. Wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu jest klasycznym przykładem naruszenia, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem sytuacja taka nie może być uznana za zgodną z dyscypliną finansów publicznych.

Reasumując, w świetle wskazanych wyżej ustaleń Izba uznała zarzuty nr 1 i 2 za zasadne i dlatego uwzględniła odwołanie w tym zakresie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba oddaliła natomiast odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego niewystarczającego uzasadnienia przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż Zamawiający nie podał przyczyn, dla których uznał, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną. Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym punktacji przyznanej ofertom oraz dotyczące ofert odrzuconych. Należy przy tym zwrócić uwagę, że podnoszona przez Odwołującego rażąco niska cena jest jedną z podstaw odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym ocena tego, czy dana oferta zawiera cenę rażąco niską wchodzi w zakres normy z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że zamawiający mają obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące rażąco niskiej ceny tylko wtedy, gdy dochodzi do odrzucenia jakiejś oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Natomiast kwestia ta nie wchodzi w zakres normy z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który dotyczy wyboru oferty w ramach kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym zastosowanie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymaga podania uzasadnienia dotyczącego punktacji przyznanej w ramach kryteriów oceny ofert. W niniejszym postępowaniu kryteriami oceny ofert były: cena i okres gwarancji jakości. Zamawiający podał przyznaną w tych kryteriach punktację, przy czym charakter ww. kryteriów oceny ofert nie wymagał żadnego szczególnego uzasadnienia, bo na pierwszy rzut oka widać, które ceny i okresy gwarancji są wyższe, niższe lub równe i możliwe jest ich zwykłe matematyczne przeliczenie na punkty. Uzasadnienie, którego domaga się Odwołujący byłoby niezbędne w przypadku zastosowania kryteriów ocennych, nie pozwalających na czysto matematyczne wyliczenie należnych punktów, jak np. kryterium „ocena propozycji koncepcji kreatywnej strategii kampanii promocyjnej”, z podkryteriami: a) wyróżnialność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt, b) prostota i perswazyjność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt, c) spójność koncepcji kreatywnej z celami kampanii promocyjnej za max. 4 pkt (przykład autentyczny). W przypadku takiego ocennego kryterium rzeczywiście zamawiający nie mógłby ograniczyć się do podania ilości przyznaných punktów, ale zobowiązany byłby napisać, jakie czynniki w opisie koncepcji kampanii promocyjnej przesądziły o tym, że różnym ofertom w różnych podkryteriach przyznał różną liczbę punktów, np. 1 pkt, 3 pkt, 4 pkt. Sytuacja taka nie występuje jednak w przedmiotowej sprawie, gdzie przewidziane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert były możliwe do oceny przez zwykłe matematyczne przeliczenie ceny czy okresu gwarancji na punkty zgodnie z opisem tych kryteriów. Dlatego Zamawiający nie naruszył w niniejszym postępowaniu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp ograniczając się do wskazania przyznanej punktacji.

Przy czym raz jeszcze należy stwierdzić, że czym innym jest ocena oferty w kryteriach oceny ofert, a czym innym ocena oferty pod kątem podstaw jej ewentualnego odrzucenia, np. z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający miałby obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące rażąco niskiej ceny jedynie w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego, co w tym postępowaniu nie miało jednak miejsca, zaś prosto wyliczalne matematycznie kryteria oceny ofert nie wymagały szczegółowego uzasadnienia. Z tego względu Izba uznała zarzut nr 3 za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W związku z tym Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu, Izba uwzględniła dwa zarzuty (dotyczące ceny rażąco niskiej), zaś jeden zarzut oddaliła (dotyczący uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/3, a Odwołujący – w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania (10.000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3.600 zł), koszty dojazdu osób reprezentujących Odwołującego ($715,30 + 906,20 = 1621,50$ zł), opłata od pełnomocnictwa Odwołującego (17 zł), co razem daje kwotę 15.238,50 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10.159,00 zł ($2/3 \times 15.238,50$ zł), a Odwołujący - w wysokości 5.079,50 zł ($1/3 \times 15.238,50$ zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 15.238,50 zł, a powinien ponieść je w wysokości 5.079,50 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów (nie złożył wniosków kosztowych), a powinien ponieść je w wysokości 10.159,00 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 10.159,00 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($15.238,50 - 10.159,00 = 5.079,50$).

Przewodnicząca