

WYROK

z dnia 8 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez Wykonawcę RJB-Instalacje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Różana 1 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Nowy Sącz ul. Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) J. Ź. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. Ź. Instalatorstwo Elektryczne ul. Źródłana 13, 33-380 Krynica-Zdrój oraz (2) M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P Elektra M. P. ul. Promienna 36A, 33-300 Nowy Sącz zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 152/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża RJB-Instalacje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego RJB-Instalacje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Sygn. akt: KIO 152/18

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Nowy Sącz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”, na zadania pn.: „Konserwacja oświetlenia ulicznego miasta Nowego Sącza”.

Dnia 29 stycznia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione

odwołanie przez Wykonawcę RJB-Instalacje sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. podczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta ww. oferentów zawiera rażąco niską cenę, co w rezultacie doprowadziło do wadliwego wyboru oferty Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru Wykonawcy,
2. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P.,
3. wybór oferty złożonej przez RJB-Instalacje sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający do złożenia odwołania. Podniósł, iż Jego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert. W wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia, a w przypadku odrzucenia oferty spółki Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P., oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 18 stycznia 2018 roku Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zamówienia pn. „Konserwacja oświetlenia ulicznego miasta Nowego Sącza”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż decyzja Zamawiającego, o wyborze oferty Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. podczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co w rezultacie doprowadziło do wadliwego wyboru oferty Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wskazać należy, iż Odwołujący po uzyskaniu informacji, iż złożona przez Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. oferta opiewa na kwotę 1.276.999,92 zł brutto dokonał analizy oferty, w szczególności sposobu wyliczenia ceny ofertowej, ustalonej w oparciu o pozycje wskazane w załączniku nr 7 do SIWZ odnoszące się do kalkulacji ceny stawki robocizny oraz kalkulacji stawki sprzętu.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż Zamawiający w Rozdziale III pkt XI ppkt 1) SIWZ zatytułowanym „Inne wymagania” wskazał, iż Zamawiający wymaga, aby faktyczne

wykonanie czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj. prace związane z konserwacją odbywały się przy pomocy osób zatrudnionych przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 22 § 1* ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Kodeks pracy (Tekst jedn. Dz. U. z 2016. poz. 1666). Kalkulacja ceny ofertowej stawki ofertowej w przedmiocie robocizny miała nastąpić w oparciu o średnioważoną godzinową stawkę płacy zasadniczej w układzie przedsiębiorstwa powiększoną o obciążenia płacowe: narzut kosztów pośrednich.

W ofercie złożonej przez Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P., wskazano, iż średnioważona godzinowa stawka płacy zasadniczej w układzie przedsiębiorstwa wynosi 9,20 zł, natomiast obciążenia płacowe: narzut kosztów pośrednich do R 42% wynosi 3,86 zł, co łącznie daje stawkę roboczogodziny w układzie przedsiębiorstwa w kwocie 13,06 zł. Stawkę robocizny miesięcznego wynagrodzenia usługi konserwatorskiej ustalono według następującego wzoru: 8 pracowników x 30 dni x 8 godzin x stawka R 13,06 zł, co dało łącznie kwotę 25.075,20 zł.

Na podstawie ustawy dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) w dniu 12 września 2017 roku w Dzienniku Ustaw ukazało się rozporządzenie Rady Ministrów określające minimalne wynagrodzenie za pracę w 2018 r. oraz minimalną stawkę godzinową w przypadku umów zleceń (Dz.U. z 2017 r. poz. 1747). Zgodnie z rozporządzeniem minimalne wynagrodzenie za pracę wynosić będzie 2.100 złotych brutto miesięcznie. Zgodnie z art. 129 § 1 Kodeksu pracy, czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym nieprzekraczającym 4 miesięcy. Na tej podstawie oblicza się wymiar czasu pracy. Wymiar czasu pracy w całym 2018 roku wyniesie 2008 godzin. Przy uwzględnieniu wszystkich świąt oraz weekendów w 2018 roku wypada 114 dni wolnych od pracy. Wymiar czasu pracy w poszczególnych miesiącach roku 2018 przedstawia poniższa tabela:

Miesiąc	Liczba godzin pracujących	Liczba dni pracujących	Liczba dni wolnych od pracy
Styczeń	168	21	10 (uwzględniono 1 dzień wolnego za święto w sobotę)
Luty	160	20	8
Marzec	176	22	9
Kwiecień	160	20	10
Maj	160	20	11
Czerwiec	168	21	9
Lipiec	176	22	9
Sierpień	176	22	9
Wrzesień	160	20	10
Październik	184	23	8
Listopad	168	21	9
Grudzień	152	19	12
Łącznie	2008	251	114

Mając na względzie fakt, iż w całym roku przyjmuje się wymiar pracy w wysokości 2008 godzin, miesięcznie otrzymujemy ilość godzin pracy w wysokości 168. Skoro zatem miesięczne minimalne wynagrodzenie wynosi 2.100 zł to średnia stawka godzinowa należna

pracownikowi, wynikająca z umowy o pracę nie może być niższa, aniżeli w zaokrągleniu 12,50 zł (2.100 zł: 168 godzin = 12,50 zł). Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się m.in. składki opłacane przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą - składniki kosztów pracy zostały wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz.Urz. UE L 279/11. Nadto każdy pracodawca zobowiązany jest również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj. części składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne, oraz fundusz pracy, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem

pracowników). W 2018 roku koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracownika z wynagrodzeniem minimalnym wynoszą minimum 379,26 zł z tytułu ubezpieczenia społecznego oraz 49 zł z tytułu Funduszu Pracy, co daje łączną kwotę 428,26 zł. Mając powyższe na względzie koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem jednego pracownika na podstawie umowy o pracę w przeliczeniu na jedną godzinę wynoszą w 2018 roku 2,56 zł (428,26 zł: 168 godzin = 2,55 zł). Podsumowując minimalny koszt godziny pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, uwzględniający wszystkie wydatki z tym związane wynosi 15,05 zł. Podnieść zatem należy, iż sam koszt wynagrodzenia miesięcznego usługi konserwatorskiej zawierającego samą robociznę bez stawek sprzętu winien wynosić nie mniej niż 28.896,00 zł, podczas gdy cena ofertowa Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. za jeden miesiąc wynagrodzenia z tytułu usługi konserwatorskiej z uwzględnieniem stawki sprzętu opiewa na kwotę 28.839,20 zł netto, a więc jest niższa, aniżeli same koszty pracownicze, nie mówiąc o innych kosztach czy też zysku wykonawcy, który ten winien osiągnąć. Podnieść również należy, iż w rozdziale V SIWZ wskazano, iż wymagany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia: od dnia podpisania umowy (nie wcześniej niż od 01 stycznia) do dnia 31.12.2020 r., więc wykonawca winien wziąć pod uwagę przy składaniu oferty wzrost kosztów wynagrodzeń w latach 2019 i 2020, czego w niniejszym stanie faktycznym nie uczynił.

Wskazać należy, iż stawka godzinowa wskazana w ofercie przez Odwołującego kształtuje się na poziomie 15,13 zł, a więc nie można przyjąć, iż cena ofertowa wyliczona przez oferenta jest rażąco niska.

Odwołujący przed wyborem oferty najkorzystniejszej informował o swoich zastrzeżeniach Zamawiającego pismem z dnia 10 stycznia 2018 roku, wskazując, iż cena ofertowa złożona przez Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jest rażąco niska. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pismem z dnia 10 stycznia 2018 roku. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy w wycenionym Załączniku nr 7 do specyfikacji „Kalkulacja ceny ofertowej - wynagrodzenia miesięcznego usługi konserwatorskiej” wyliczone koszty pracy „Kalkulacja stawki robocizny” spełniają wymogi ww. przepisów, a mianowicie czy podane przez Wykonawcę składniki w kwotach:

a) Średnioważona godzinowa stawka pracy zasadniczej w układzie przedsiębiorstwa - 9,20 zł/godz. pracy,

b) obciążenia płacowe: narzut kosztów pośrednich R 42% - 3,86 zł/godzinę pracy

c) Razem [obliczona stawka robocizny (R) w układzie przedsiębiorstwa] - 13,06 zł/godzina pracy

- gwarantują pracownikom realizującym przedmiot zamówienia miesięczne wynagrodzenie nie mniejsze niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W odpowiedzi pisemnej z dnia 16 stycznia 2018 roku Wykonawca wskazał, iż obliczenie stawki godzinowej dla pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy, gdzie wysokość minimalnego wynagrodzenia ustala się w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin pracy, biorąc za podstawę wysokość minimalnego wynagrodzenia i czasy pracy zgodnych z ustawami wynosi:

Min. wynagrodzenie netto - 1.530,00 zł: 168 godzin = 9,10 zł/godzinę

Odpowiednio, wynagrodzenie brutto - 2.100 zł: 168 godzin = 12,50 zł/godzinę

Podana w ofercie stawka robocizny w układzie przedsiębiorstwa, w wys. 13,06 zł jest zgodna z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Wskazać należy również na treść art. 90 ustawy, który stanowi, iż:

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Mając powyższe zapisy ustawowe na względzie Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, wobec jego wątpliwości co do ceny ofertowej, nie wykazał, iż w jego przypadku zaistniały okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1 pkt 1 do 5, które uzasadniałyby zastosowanie stawki godzinowej z tytułu umowy o pracę poniżej minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę w kwocie 15,05 zł za godzinę pracy.

W dniu 18 stycznia 2018 roku Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. została uznana za najkorzystniejszą z uwzględnieniem kryteriów zawartych w SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 stycznia 2018 roku uzasadnił wybór najkorzystniejszej ofert w ten sposób, iż:

Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o kryterium:

Cena - 60 %

Wysokość kar umownych - 20 %

Skrócenie czasu prac awaryjnych - 20 %

Jest to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit, b) ustawy, spełniająca wszystkie wymogi Zamawiającego.

Zamawiający wskazał nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w kryterium oceny ofert:

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Liczba pkt w kryterium cena - 60%	Liczba pkt w kryterium wysokość kar umownych - 20%	Liczba pkt w kryterium Skrócenie czasu prac awaryjnych - 20%	Razem
1	RJB - INSTALACJE Sp. o.o. ul. Różana 1, 33-300 Nowy Sącz	50,32	20 pkt	20 pkt	90,32
2	Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. ul. Źródlana 13 33-380 Krynica Zdrój "FHUP „Elektra” M.P. ul. Promienna 36 A 33-300 Nowy Sącz	60 pkt	20 pkt	20 pkt	100 pkt

W ocenie Odwołującego, Zamawiający otrzymując tej treści wyjaśnienia, winien ofertę wykonawcy - Konsorcjum Firm odrzucić, z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, gdyż koszt godziny pracy jednego pracownika powinien uwzględniać również koszty pracownicze, a więc minimalna stawka godzinowa dla pracownika z tytułu wynagrodzenia za pracę winna wynosić, jak wskazano powyżej około 15,05 zł, a więc stawka robocizny zawarta w ofercie na poziomie 13,06 zł jest rażąco niska.

Podsumowując, sam koszt wynagrodzenia miesięcznego usługi konserwatorskiej przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia za pracę zawierającego samą robociznę bez stawek sprzętu winien wynosić nie mniej niż 28.896,00 zł netto, natomiast cena ofertowa konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. za jeden miesiąc wynagrodzenia z tytułu usługi konserwatorskiej uwzględniająca również stawki sprzętu opiewa na kwotę 28.839,20 zł netto, a więc jest niższa, aniżeli same tylko koszty związane z zatrudnieniem pracowników, nie mówiąc o innych kosztach czy też zysku wykonawcy, który ten winien osiągnąć, a zatem bez wątpienia cena zaoferowana przez Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jest rażąco niska, a więc oferta wyliczona w oparciu o takie ceny winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 3 ustawy.

Powyższe stanowisko znajduję odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, wskazać należy, choćby na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2017 r. KIO 1074/17, w którym wskazano, iż Interpretacja literalna art. 90 w ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) mogłaby wskazywać, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj. części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę a cohaerentia i a complementum uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia.

Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia (Wyrok KIO sygn. KIO 1123/13), odbiegająca od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi

względniamy pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać (Wyrok KIO sygn. KIO 1097/14). W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, iż oferta Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. złożona w przedmiotowym przetargu zawiera cenę oderwaną całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia.

Podnieść również należy, iż koszty wskazane w kalkulacji stawek sprzętu również wydają się zaniżone. W tym miejscu podnieść należy, iż choćby stawka 2,00 zł oraz 1,8 zł z tytułu kosztów samochodu dostawczego oraz i kosztów samochodu do przewozu osób i kontroli wykonywanych prac, odczyty pomiarów energii jest zaniżona. Stawka 2,00 zł za jedną godzinę pracy samochodu do przewozu osób i kontroli wykonywanych prac, odczyty pomiarów energii pozwala na pokrycie kosztów paliwa pozwalającego na przejechanie minimum 8,5 km (przy założeniu ceny za 1 litr paliwa na poziomie 4,60 zł i średnim spalaniu samochodu na 100 km w wysokości 5 litrów), podczas gdy w mieście Nowy Sącz odległości od najdalej od siebie oddalonych punktów wynoszą 12 km, a więc stawki sprzętu wskazane w ofercie również są w ocenie odwołującego się na rażąco niskim poziomie. Wskazać również należy, w kontekście kosztów robocizny i kosztów sprzętu, iż jeden z konsorcjantów: J. Ż. posiada siedzibę w miejscowości Krynica-Zdrój, która to miejscowość oddalona jest od miejscowości Nowy Sącz o 35 km, a więc koszt dojazdu również winien znaleźć odzwierciedlenie w stawkach robocizny i sprzętu, będących podstawą ceny ofertowej, a nie uwzględnienie tej okoliczności przez oferenta jednoznacznie wskazuje, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem Odwołującego, wykonanie zamówienia na podstawie ofert Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. nie jest możliwe dla potencjalnego Wykonawcy bez poniesienia straty.

W ocenie odwołującego z uwagi na fakt, iż cena ofertowa zawarta w ofercie Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jest rażąco niska, oferta konsorcjum winna zostać odrzucona, natomiast oferta odwołującej winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust.1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Przytoczone w pkt 1) argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez Konsorcjum Firm jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Nie ulega zatem wątpliwości, że złożenie oferty zawierającej cenę rażąco niską jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione.

Dnia 02 lutego 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (1) J. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. Ż. Instalatorstwo Elektryczne ul. Źródłana 13, 33-380 Krynica-Zdrój oraz (2) M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P Elektra M. P. ul. Promienna 36A, 33-300 Nowy Sącz.

Podczas rozprawy Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 stycznia 2018 roku oraz zostało

przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki

ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi

konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowisko pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 07 lutego 2018 roku Odpowiedź na odwołanie złożonym w oryginale do akt sprawy w trakcie rozprawy.

Izba ustaliła

W przedmiotowym postępowaniu, w terminie składania ofert, do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty:

- oferta nr 1 złożona przez Wykonawcę RJB - INSTALACJE Sp. o.o. ul. Różana 1, 33-300 Nowy Sącz, cena oferty z podatkiem VAT wynosi 1 522 793,00 zł, oraz
- oferta nr 2 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) J. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. Ż. Instalatorstwo Elektryczne ul. Źródłana 13, 33-380 Krynica-Zdrój oraz (2) M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P Elektra M. P. ul. Promienna 36A, 33-300 Nowy Sącz, cena oferty z podatkiem VAT 1 276 999,70 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 1 620 000,00 zł (z VAT).

W trakcie postępowania Zamawiający dokonał poprawienia omyłek rachunkowych występujących w obu ofertach. W wyniku poprawienia, ceny ofert wyniosły odpowiednio: Cena dla oferty nr 1: 1 522 792,80 zł z VAT oraz cena dla oferty nr 2: 1 276 999,92 zł z VAT. Odwołujący pismem z dnia 10 stycznia 2018 roku poinformował Zamawiającego, iż oferta złożona przez Przystępującego jest nieprawidłowa z uwagi na nieprawidłowości w wyliczeniu stawki godzinowej nieodpowiadającej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę.

Zamawiający wystąpił do Przystępującego pismem z dnia 10 stycznia 2018 roku z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wzywając do wyjaśnienia czy wycenione w załączniku nr 7 do SIWZ „Kalkulacja ceny ofertowej - wynagrodzenia miesięcznego usługi konserwatorskiej” wyliczone koszty pracy „Kalkulacja stawki robocizny” spełniają wymogi przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U.2016.1666 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U.2017.847), a mianowicie czy podane przez Wykonawcę składniki stawki w kwotach:

- a) Średnioważona godzinowa stawka płacy zasadniczej w układzie przedsiębiorstwa - 9,20 zł/godz. pracy,
- b) Obciążenia płacowe: narzut kosztów pośrednich do R 42% - 3,86 zł/godz. pracy,
- c) Razem (obliczona stawka robocizny (R) w układzie przedsiębiorstwa - 13,06 zł/godz. pracy

- gwarantują pracownikom realizującym przedmiot zamówienia miesięczne wynagrodzenie nie mniejsze niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z ustawy o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Przystępujący złożył wyliczenia stawki godzinowej, wyjaśniając iż zaoferowana przez Niego stawka robocizny jest zgodna z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ź. oraz M. P. podczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co w rezultacie doprowadziło do wadliwego wyboru oferty Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ź. oraz M. P. jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, wskazując iż zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia "rażąco niska cena". Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. Zgodnie z orzecznictwem KIO o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

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

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika jasno, że dyspozycja tego przepisu jest skierowana wyłącznie do Zamawiającego, który dokonuje badania ofert, pod kątem różnych aspektów postępowania, w tym. m. in. ocenia realność zaoferowanych przez wykonawców cen, w kontekście wymagań, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zatem Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp wyłącznie w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wobec tego stwierdzić należy, iż w celu skorzystania z możliwości zastosowania ww. przepisu konieczne jest wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie Zamawiającego. Obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców powołał wątpliwości co do ceny całej oferty lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych.

W toku rozprawy zamawiający potwierdził, iż takich wątpliwości nie powziął, bowiem zaoferowana stawka robocizny nie narusza wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto całkowita wartość oferty nie spełniała przesłanek skutkujących koniecznością wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ określenie rażąco niska cena ma zastosowanie do ceny ostatecznej a nie do jej elementów składowych.

Zaoferowana całkowita cena oferty Przystępującego nie spełnia przesłanek o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp, od których uzależniony jest obowiązek Zamawiającego skutkujący koniecznością zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ jest wyższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalony przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W takim przypadku, kiedy cena oferty nie kwalifikuje się jako rażąco niska Zamawiający nie ma obowiązku występowania do wykonawcy o wyjaśnianie ceny jako rażąco niskiej.

Odwolujący podnosi, iż wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 jako wyjaśnienie treści oferty, należy czytać jako wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Za wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie można uznać wezwania skierowanego do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający wystąpił do Przystępującego dnia 10 stycznia 2018 roku, z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia dotyczyły stawek godzinowych podanych w ofercie Przystępującego w zakresie gwarantowania pracownikom realizującym przedmiot zamówienia miesięczne wynagrodzenie nie mniejsze niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W odpowiedzi Przystępujący przedstawił kalkulację, z której wynika, iż podana przez niego w ofercie stawka roboczogodziny jest zgodna z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zdaniem Izby, wezwanie do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp, nastąpiło

w wyniku innych okoliczności niż wątpliwości Zamawiającego co do tego, iż zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający wystąpił do Przystępującego nie w związku z własnymi wątpliwościami, ale w wyniku pisma z dnia 11 stycznia 2018 roku złożonego przez Odwołującego, w którym to Odwołujący sugeruje (nie wskazując żadnych wyliczeń ani dowodów) iż cena w ofercie Przystępującego jest nieprawidłowa.

Ponadto, Izba wskazuje, iż pomiędzy powyższymi wyjaśnieniami nie można postawić znaku równości. Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 Pzp odnoszą się do innego zakresu, innego problemu interpretacyjnego w zakresie treści oferty niż w art. 90 ust. 1 Pzp. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, skierowane do Wykonawcy nie może stanowić przedmiotu domysłów i domniemań ze strony Wykonawcy. Treść wezwania powinna być jasna i zawierać nie tylko określenie trybu wezwania ale również konkretnie precyzować, czego ono wprost dotyczy, wskazywać jakich informacji i danych Zamawiający oczekuje, np. wskazania dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż cena nie zawiera rażąco niskiej ceny, a brak wykazania rażąco niskiej ceny zagrożony jest sankcją odrzucenia oferty. Zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp nie jest zagrożone sankcją odrzucenia oferty, a jedynie zakazem prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą oraz zakazem dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Zatem porównywanie obu instytucji (wyjaśnienia z art. 87 ust 1 Pzp i art. 90 ust 1 Pzp), których celem jest wyjaśnienie całkowicie odmiennych elementów oferty jest całkowicie nieuzasadnione.

W ocenie Izby, w sytuacji kiedy Przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie można uznać jako zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli Przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to jego oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie iż wyjaśnienia złożone na inną okoliczność w trybie art. 87 ust. 1 Pzp są dowodem na wystąpienie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te mogą co najwyżej stać się podstawą do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeśli w ich wyniku Zamawiający powziąłby wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, koszt lub cenę istotnych części składowych.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą nie można odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdy nie ma przeprowadzonej procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. Według wyroku KIO 2200/15 z dnia 21 października 2015 r. „Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TSUE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Nadal pozostaje aktualne stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 w którym czytamy: Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp.”

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako Konsorcjum firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. podczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co w rezultacie doprowadziło do wadliwego wyboru oferty Konsorcjum Firm: Instalatorstwo Elektryczne J. Ż. oraz M. P. jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 89 ust.1. pkt 3 poprzez uznanie, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta Przystępującego została złożona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego a jej treść nie narusza obowiązujących przepisów. Tym samym za bezpodstawny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzanie postępowania

o udzielenie zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).