

Sygn. akt: KIO 196/19

WYROK
z dnia 19 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:



Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **15 lutego 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 lutego 2018 r.** przez wykonawców **Pawła Durczok Anitę Durczok** prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą **GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita S.C.**, ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik**

przy udziale wykonawcy **Bogusława Jarzyna** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna**, ul. Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 31 stycznia 2019 r. i czynności badania i oceny ofert w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów; powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym odrzucenie oferty złożonej przez: **Bogusława Jarzynę** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna**, Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. w pozostałym zakresie uznaje zarzuty odwołania za niepotwierdzone;

3. kosztami postępowania obciąża **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Pawła Durczok Anitę Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od **Miasta Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik** na rzecz **Pawła Durczok Anity Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita s.c., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:



W. Osbyralska
.....

Na oryginale właściwe podpis:
Za zgodność

Mr. Racz
Krajowa Izba Odwoławcza

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 4, dzielnica Golejów - rozbudowa budynku szkoły.” – dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”, znak sprawy: ZP.271.133.2018, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 618333-N-2018 z dnia 18 września 2018 r., przez Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44 - 200 Rybnik (zwane dalej: „Zamawiającym”).

W dniu 31 stycznia 2019 r., pismem z 30 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Bogusław Jarzyna prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna, Niedobczycka 50c, 44-218 Rybnik (zwany dalej: „AL-DUE” lub „Przystępującym”) oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Pawła Durczok i Anitę Durczok prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC Durczok Paweł i Durczok Anita S.C., ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik (zwani dalej: „GRANI-TEC” albo „Odwołującym”).

W dniu 4 lutego 2019 r. wykonawca GRANI-TEC wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) - dalej jako „ustawa PZP”, czynności Zamawiającego podjęte w Postępowaniu, polegające na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty wykonawcy AL-DUE, sklasyfikowanego na pozycji pierwszej, co miało wpływ na wynik postępowania;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty AL-DUE mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
4. zaniechaniu odrzucenia oferty AL-DUE, mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty AL-DUE mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i błędne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. 2018, poz. 419 ze zm.) - dalej jako ZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe uchybienia Zamawiającego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AL-DUE.

a także:

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych;
5. dopuszczenie dowodów z dokumentacji przetargowej i w tym zakresie zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia całej dokumentacji przetargowej w tym prowadzonej z wykonawcami korespondencji, kosztorysów inwestorskich oraz dokumentacji z szacowania wartości zamówienia;
6. dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wynikające z ich treści;
7. dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Bartosza Grelewskiego (adres do doręczeń pracodawcy Epufloor Sp. z o.o., ul. Piramowicza 11/13, 90-254 Łódź) na okoliczność gdzie składowana jest mata, o której mowa w ofercie specjalnej, kiedy faktycznie była opracowywana oferta specjalna, na czym polegać ma pomoc organizacyjna i formalna AL-DUE, wysokości rynkowej ceny maty, o której mowa w ofercie specjalnej;
8. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa o specjalizacji z zakresie izolacji akustycznej na okoliczność ustalenia czy oferowana przez AL-DUE mata elastomerowa posiada parametry techniczne wymagane w dokumentacji przetargowej w szczególności te określone w dokumencie pt.: „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna” (strony 95 i 103);
9. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia czy poszczególne kwestionowanie w odwołaniu ceny

jednostkowe ujęte w ofercie AL-DUE zawierają wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z wymogami SIWZ oraz czy oferta AL-DUE zawiera ceny nierynkowe, ceny poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy wykonawca AL-DUE uwzględnił w ofercie wymogi ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Uzasadniając podnoszone zarzuty Zamawiający wskazywał, że na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2520/18, w dniu 30 stycznia 2019 r. rozstrzygnął postępowanie przetargowe na roboty budowlane prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pt.: Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 4, dzielnica Golejów - rozbudowa budynku szkoły. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując, iż podstawą odrzucenia jest art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp a to z uwagi na brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający w niniejszym postępowaniu tylko raz zwracał się do Odwołującego w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na wezwanie to Odwołujący odpowiedział pozytywnie godząc się na przedłużenie terminu związania z ofertą akceptując w pełni warunki Zamawiającego. Tym samym Zamawiający błędnie odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp a to z uwagi na fakt, iż sytuacja opisana w tej normie nie miała miejsca. Przepis ten dotyczy bowiem wyłącznie przypadków braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą po wcześniejszym wystąpieniu o taką zgodę przez Zamawiającego. Przywoływana norma nie dotyczy sytuacji kiedy to uczestnik danego postępowania z własnej inicjatywy samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Oferta, której termin związania upłynął jest nadal ważna i na jej podstawie Zamawiający może dokonać oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jedyną zmianą jaka wówczas zachodzi to brak obowiązku po stronie Wykonawcy do zawarcia umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, iż ani przepisy ustawy Pzp ani dokumentacja przetargowa, w szczególności postanowienia SIWZ, nie zawierają skutku w postaci odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy, któremu upłynął termin związania ofertą. W SIWZ problematyka terminu związania ofertą opisana została w rozdziale VIII, strona 11 gdzie brak jest sankcji za upływ terminu związania ofertą. Sankcja ta nie może być także przedmiotem wykładni przepisów a to z uwagi na poważne następstwa takiego stanu rzeczy, tj. sankcyjny charakter przepisów.

Odnosząc się do zarzutów odnoszących się do decyzji Zamawiającego o wyborze oferty AL-DUE jako najkorzystniejszej podnosił, że pierwszy wybór przez Zamawiającego wykonawcy AL-DUE został zaskarżony przez Odwołującego. W wyniku tego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2520/18 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie AL-DUE do wyjaśnień i przedłożenia dowodów w kwestionowanym w odwołaniu

zakresie oraz powtórzenie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. W następstwie ww. wyroku Zamawiający wystąpił w piśmie z 4 stycznia 2019 r. do tego wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień oraz przedłożenie dowodów w przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty. Termin złożenia wyjaśnień został wyznaczony na dzień 17 stycznia 2019 r. Zamawiający wyznaczając wykonawcy AL-DUE tak odległy termin na złożenie wyjaśnień nie ustrzegł się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dotychczas bowiem Zamawiający wzywając AL-DUE czy pozostałych uczestników postępowania do złożenia wyjaśnień wyznaczał termin 6 - dniowy. Odnośnie wykonawcy AL-DUE w zasadzie było to już trzecie wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w temacie wyceny kwestionowanych pozycji kosztorysowych. Za pierwszym razem termin na złożenie wyjaśnień wynosił 4 dni, a za drugim 6 dni. W piśmie z dnia 4 stycznia 2019 r. Zamawiający wyznaczył AL-DUE termin blisko 14 - dniowy. Takie zachowanie Zamawiającego budzi uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności i zachowania zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 90 ustawy Pzp co prawda w obecnym brzmieniu nie określa długości terminu, w jakim wykonawca musi złożyć wyjaśnienia wraz z dowodami, lecz z uwagi na zasady postępowania określone w ustawie Pzp oraz konieczność zachowania sprawności prowadzonego postępowania termin ten nie powinien być zbyt długi. Tym bardziej, że wykonawca AL-DUE brał udział w postępowaniu odwoławczym przed KIO. Należy wyraźnie zaakcentować, iż wykonawca składający daną ofertę cenową powinien dochować należytej, profesjonalnej staranności z zachowaniem rzetelności i realności oferty. Już bowiem przed upływem terminu na złożenie oferty wykonawca winien być w posiadaniu dokumentów i kalkulacji, które pozwalają mu przyjąć odpowiedni poziom cen w swojej ofercie. Zatem nie sposób uznać, iż termin 14 - dniowy jest terminem odpowiednim i zgodnym z normami ustawy Pzp.

W dalszej części Odwołujący podnosił, iż przedłożone przez AL-DUE wyjaśnienia w piśmie z dnia 17 stycznia 2019 r. w zasadzie potwierdzają wszystkie zarzuty jakie były zgłoszone w pierwotnym odwołaniu, które zakończyło się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Co prawda w wyroku tym KIO uznało zasadność części zarzutów tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, lecz w zakresie pozostałych zarzutów KIO wprost wskazało, iż są one przedwcześnie a to z uwagi na brak wezwania AL-DUE w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zarzuty te aktualizują się obecnie. W tym miejscu należy zauważyć, iż Zamawiający będąc zobligowanym przez KIO do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w żaden sposób nie sformalizował tej czynności. Zarówno na stronie internetowej, gdzie Zamawiający publikował wszystkie dokumenty związane ze sprawą jak również w aktach postępowania, w tym w protokołach brak jest jakiegokolwiek wzmianki o oświadczeniu w przedmiocie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zwracał uwagę, iż zgodnie z Rozdziałem XI SIWZ cena ofertowa jest ceną kosztorysową (pkt 2). Obliczenie ceny ofertowej należy dokonać w oparciu o SIWZ (pkt 3 ppkt 1). Cena ofertowa jest ceną obliczoną w kosztorysie ofertowym, ustaloną na podstawie cen jednostkowych każdej pozycji oraz ilości jednostek przedmiarowych podanych przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. (...). Cena ofertowa obliczona przez Wykonawcę musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania (pkt 4). W całkowitej cenie ofertowej i cenach jednostkowych przedkładanych przez Wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę (pkt 5). Każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji (pkt 7 ppkt 2). Istota przyjętego w przetargu wynagrodzenia kosztorysowego oraz znaczenie cen jednostkowych wyraża także §8 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, gdzie w ust. 2 określono, iż ceny jednostkowe kosztorysu powykonawczego muszą być takie same jak w kosztorysie ofertowym. Ponadto, Zamawiający w korespondencji kierowanej do wykonawców, gdzie uzasadnia odrzucenie oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „B.I.T” Jerzy Brzoska wyraża swój zamiar takiego właśnie podejścia do cen jednostkowych cyt.: „Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający ustalił wynagrodzenie kosztorysowe, które nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego i stanowić będzie sumę iloczynów ostatecznie wykonanych i zaakceptowanych przez Zamawiającego ilości i cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych. W związku z powyższym wiedza co do cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych ma kluczowe znaczenie dla ustalenia i rozliczania wynagrodzenia należnego wykonawcy. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli”. W świetle ww. postanowień SIWZ, wykonawca nie może zaniżać ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej, która to cena jednostkowa nie uwzględnia wszelkich kosztów i składników. Inaczej mówiąc cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi zawierać w sobie wszelkie składowe, wszystkie składniki cenotwórcze.

Zamawiający, po wyroku KIO wezwał AL-DUE, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia. AL-DUE, pismem z 17 stycznia 2019 r. przedstawiła wyjaśnienia oraz przedłożyła szereg dokumentów mających stanowić uzasadnienie dla prawidłowości przyjętych cen istotnych składników oferty. Odnosnie wyjaśnień i dokumentów dotyczących maty elastomerowej AL-DUE powołało się na ofertę specjalną spółki Epufloor. W ofercie tej wskazano, iż cena 30 zł/m² wynika z faktu pomocy organizacyjnej i formalnej w wyprodukowaniu materiałów

marketingowych (zdjęcia, filmy, badania) z procesu montażu na obiekcie. Chodzi o materiały promocyjne spółki Epufloor. Wyjaśnienia te oraz przedłożona oferta specjalna nie spełniają wymagań stawianych przez przepisy ustawy Pzp. Są to wyjaśnienia zbyt ogólne, których nie sposób zweryfikować. Brak jest szerszego wyjaśnienia o jaką pomoc organizacyjną i formalną chodzi. Co więcej udzielenie pomocy w celu pozyskania materiałów promocyjnych nie może zostać potraktowane jako okoliczność przynależna wyłącznie wykonawcy AL-DUE. Niewątpliwie nie mieści się to w kategorii wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Każda bowiem firma wykonująca tego typu prace może udzielić wsparcia w zakresie pozyskania materiałów promocyjnych. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia te oraz przedłożoną ofertę specjalną należy uznać za niewiarygodne, pozorne i stworzone wyłącznie na użytek postępowania. Trudno uznać za logiczne i wiarygodne wyjaśnienia o możliwości pozyskania materiałów promocyjnych przez tak doświadczoną firmę, która od wielu lat działa w branży. Prowadzi to do podejrzeń, iż oferta specjalna z dnia 2 października 2018 r. mogła zostać antydatowana. Spółka Epufloor na swojej stronie internetowej reklamuje się, iż posiada 6 letnie doświadczenie i ponad 2000 zrealizowanych obiektów na całym świecie. Ponadto producent, firma Isolgomma, na swojej stronie internetowej przedstawia szereg referencji, zrealizowanych obiektów oraz materiały marketingowe (zdjęcia, filmy, badania) z procesu montażu. Tym samym argument przedstawiony w wyjaśnieniach AL-DUE jest pozorny i stworzony wyłącznie na potrzeby postępowania.

Dalej Odwołujący podnosi, że niezależnie od tego, iż wyjaśnienia te są błędne i niewystarczające to oferowana przez AL-DUE mata elastomerowa nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej. W dokumencie pt. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna (dalej „SST”), Zamawiający na stronach 95-96 i 103 określił parametry techniczne dla maty elastomerowej. Zakres stosowania SST: SST jest stosowana jako dokument przetargowy i kontraktowy przy zleceniu i realizacji robót wymienionych w pkt.1.3 Pkt. 1.3 Zakres robót objętych SST. (np. str. 95) Roboty, których dotyczy specyfikacja, obejmuje wykonanie posadzek w obiekcie przetargowym: gruntowanie podłoża, ułożenie płyt styropianowych, ułożenie izolacji akustycznej w postaci maty elastomerowej lub różnokomórkowej pianki poliuretanowej, ułożenia izolacji z folii PE, wykonanie jastrychu cementowego, wykonanie posadzki z płytek gresowych, wraz ze spoinowaniem. Wykonawca AL-DUE przedstawia w swojej ofercie alternatywę w postaci produktu Highmat 20, który nie spełnia projektowanych założeń i metodologii badania parametru akustycznego określonego w SST wg normy ISO 717-2. Ponadto produkt ten nie posiada znaku CE ani B tylko Krajową Deklarację Właściwości Użytkowych (z kraju pochodzenia Włochy). Odwołujący w swojej ofercie ujął matę elastomerową, która spełnia wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji oraz SST. Mata ta posiada znak CE. Cena tej maty wg

oferty wynosi 174,04 zł netto/m². AL-DUE w dotychczasowych wyjaśnieniach jednoznacznie oświadczył, że wycenił matę elastomerową zgodną z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z SIWZ. Odwołujący przedstawił, w formie tabelarycznej, oczekiwane i opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej parametry maty elastomerowej, porównując je do oferowanych przez AL-DUE i wskazując na niezgodności w treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Dalej podnosi, że niezależnie od tego iż mata oferowana przez AL-DUE nie spełnia wymagań Zamawiającego to w dalszym ciągu należy uznać, iż cena 30 zł/m² jest ceną poniżej kosztów jej wytworzenia. Odwołujący po wyroku KIO złożył zapytania bezpośrednio do producenta maty oraz spółki Epufloor. Producent firma Isolgomma przedstawiła ofertę na kwotę 33 Euro/m². Z kolei spółka Epufloor przedstawiła ofertę w wysokości 98,50 zł netto/m². Za pośrednictwem swoich partnerów biznesowych skierował również kilka zapytań o to, czy mata oferowana przez AL-DUE, produkt Higmat 200 mm spełnia wymagania Zamawiającego. Żadna pytana przez Odwołującego firma nie była w stanie tego oświadczyć. Przedstawiciele Odwołującego, w rozmowach telefonicznych z osobą, która podpisała się na specjalnej ofercie dla AL-DUE tj. z Panem Bartoszem Grelewskim uzyskali informacji, iż mata oferowana przez AL-DUE kosztuje 160 zł netto/m². Ponadto, wskazywał, że w ofercie specjalnej znalazła się informacja, iż towar składowany jest w Łodzi, co jest niezgodne z rzeczywistym stanem. W ramach kontaktów Odwołującego z firmą EPUFLOOR sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi otrzymał on informację, iż okres oczekiwania na matę Isolgomma Highmat 20 mm wynosi ok. 2 tygodni, gdyż maty te produkowane są na indywidualne zamówienia.

Odnosnie oprav osvětleníových podkrešlál, iż oferty firmy Solar dołączone do wyjaśnień AL-DUE są ofertami z dnia z dnia 17 stycznia 2019 r. a więc po terminie składania ofert. Przystępujący nie był w posiadaniu tych ani podobnych ofert na etapie składania ofert. AL-DUE przedstawiając te dokumenty stwierdza, że są to zaktualizowane oferty bez dołączenia ofert pierwotnych o ile takowe posiada. Sytuacja ta jest niedopuszczalna, sprzeczna z zasadą niezmienności oferty i uczciwej konkurencji. Odwołujący skierował zapytanie o wycenę do firmy Solar odnosnie oprav osvětleníových bezpośrednio do osoby, która opracowywała wycenę dla AL-DUE. Osoba ta oświadczyła, że w celu wykonania wyceny musi skierować zapytanie do producenta. Gdyby faktycznie była wykonywana wycena dla AL-DUE zapytanie to byłoby zbędne, gdyż przedstawiciel Solar dysponowałby już ofertą od producenta. Potwierdza to przypuszczenia Odwołującego, iż wycena była dopasowywana do kwot wskazanych przez AL-DUE aby osiągnąć poziom cen z kosztorysu, bez zwracania się do producenta. Odwołująca posiada ofertę od producenta, która znacząco przewyższa wycenę AL-DUE. Ponadto, oferty cenowe firmy SOLAR i INTER SERVICE, nie zawierają szczegółowego opisu parametrów wynikających z dokumentacji, a także nie

posiadają nazwy producenta oraz typu opraw, które jednoznacznie by potwierdziły, że wycenione oprawy spełniają parametry zadeklarowane przez AL-DUE w piśmie z dnia 13 listopada 2018 r. Oferty firmy SOLAR nie zawierają również informacji, czy ceny uwzględniają 60 miesięczną gwarancję na urządzenia, co Przystępujący zadeklarował w ofercie przetargowej. KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2018 r. wprost przyznało, iż: „...każdorazowo przedłużenie okresu gwarancji ponad standardowy wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie Wykonawcy”. W przedstawionych przez firmę AL-DUE ofertach firmy SOLAR widnieje data wystawienia 17 stycznia 2019 r., co jednoznacznie wskazuje, iż oferty te są przygotowane tylko i wyłącznie na potrzeby złożonych wyjaśnień, dopasowując ceny materiałów stricte do pozycji kosztorysowej. Nakłady wynikające z narzuconych pozycji KNR oraz podane w ofercie AL-DUE narzuty, uniemożliwiają skorygowanie cen robocizny i sprzętu, więc oferta firmy SOLAR wskazuje dopasowane na te potrzeby ceny materiałów co do grosza, tak aby zachować ceny jednostkowe. Godzi się również zauważyć, iż założona przez Zamawiającego podstawa wyceny narzuca nakład na robociznę 0,4219 roboczo-godziny na m². Oferta AL-DUE to przykład manipulacji pozycji nakładów w robociznie. AL-DUE dokonała przemnożenia nakładu 0,4219 x 0,081, co daje 0,034174 roboczo-godziny na m². W konsekwencji tego zabiegu oferta Przystępującego wycenia robociznę ułożenia 1296 m² maty na kwotę 1 244,16 zł podczas gdy oferta Odwołującego wycenia robociznę w zakresie ułożenia maty w wysokości 19 241,27 zł netto z narzutami za 1296 m². Zamawiający przyjął przy stawce roboczogodziny 13,50 zł wartość całej robocizny za ułożenie 1 296 m² maty w kosztorysie inwestorskim 13 482,78 zł. W celu weryfikacji danych zawartych w przedstawionej przez firmę AL-DUE ofercie firmy SOLAR, podwykonawca Odwołującego zadał pytanie w sprawie wyceny opraw oświetleniowych bezpośrednio do producenta tj. firmy BEGELLI. W odpowiedzi otrzymał informację, iż nie jest możliwym aby jakkolwiek firma otrzymała rabaty wskazane w ofercie (niższe od cen katalogowych o 60%, a maksymalny rabat przy zamówieniu inwestycyjnym (setki, tysiące sztuk) to 35-40%. Tak wysoki rabat jest w stanie dostać jedynie hurtownia i to przy zakupie sprzętu w tysiącach sztuk. Dodatkowo zwracał uwagę, iż w poz. 54 należało przyjąć puszkę podłogową 8xK45 i wyposażoną w 8 gniazd K45 na co firma AL-DUE przyjęła 100 zł netto. W przedstawionej ofercie na zakup materiału nie ma podanej ceny na puszkę 8xK45, a ilości elementów składowych (adaptery, gniazda itd.) nie odpowiadają ilościom jakie powinny być przyjęte aby skompletować puszkę 8xK45. Ponadto przedstawiona oferta materiałowa potwierdza niedoszacowanie ceny ponieważ po skompletowaniu według przedstawionej ceny puszki mniejszej czyli 6xK45 (pozycje nr. 2; 7; 8; 9) to 135,22 zł netto bez gniazd. W poz. 55 należało wycenić puszkę podłogową 2xK45 kompletną i wyposażoną w 2 gniazda K45, na co firma AL-DUE przyjęła 43,60 zł netto. Brak w ofercie materiałowej wyceny takiej puszki.

Odwołujący stoi zatem na stanowisku, iż po pierwsze poszczególne ceny jednostkowe przyjęte w ofercie Przystępującego nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych. Po drugie, iż oferta AL-DUE stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż przedstawia ceny nierynkowe, poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia. Po trzecie, iż oferta wykonawcy AL-DUE zawiera rażąco niską cenę z uwagi na niskie, nierynkowe ceny jednostkowe w istotnych branżach dla realizacji przedmiotu zamówienia. Oferowane przez Przystępującego ceny jednostkowe są rażąco niskie w stosunku do obowiązujących cen rynkowych i nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych. I tak: (i) kosztorys branży budowlanej - dział o poz. 49d.I.I.I2 (izolacja akustyczna z maty elastomerowej) zaniżona o ok. 70-80 % od ceny rynkowej tj. o ok. 210 000,00 zł. do 260 000,00 zł. Sam zakup materiału w tej pozycji kosztorysowej to min. 220 000,00 zł; (ii) kosztorys branży elektrycznej - dział 1.5 oświetlenie, cena zaniżona o ok. 35% od wartości ceny rynkowej tj. o ok. 40 000,00 zł. W swoich pierwotnych wyjaśnieniach AL-DUE stwierdziło, że nie będzie stosować w tej pozycji zamienników. Wartość rynkowa samego zakupu opraw oświetleniowych zgodnie z przedstawioną ofertą producenta firmy Beghelli przy 36 miesięcznej gwarancji to koszt 71 104,40 zł netto. Zgodnie z zadeklarowaną przez Przystępującego 60 - miesięczną gwarancją wartość ta wzrasta o ok. 15%, co daje w zakupie ok. 81,00 zł. netto. AL-DUE cały dział 1.5 wyceniło na kwotę 74 420,23 zł netto z czego 4 280,00 zł. to przygotowanie podłoża i pomiary natężenia oświetlenia (poz. 20, poz. 36) więc na zakup opraw, montaż i udzielenie 60 miesięcznej gwarancji pozostaje 70 140,23 zł netto (poz. 21-35); (iii) kosztorys branży elektrycznej - dział 1.7 poz. 54-57 - cena zaniżona w stosunku wartości cen rynkowych o ok. min. 80% tj. 9 000,00 zł., oferowane przez AL-DUE ceny robocizny i materiału są znacznie niższe od najniższych cen rynkowych samego materiału; (iv) kosztorys branży niskoprądowej - dział 2 - instalacje niskoprądowe, urządzenia aktywne, wartość zaniżona w stosunku do cen rynkowych ok. 34% co daje wartość ok. 17 000,00 zł. netto. Kosztorys ofertowy Przystępującego zawiera ceny jednostkowe, które nie obejmują wszystkich składników cenotwórczych zatem oferta wykonawcy AL-DUE nie odpowiada treści SIWZ.

Godzi się również zaakcentować, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ZNK”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy,

naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Oferta AL-DUE w powyższym zakresie wyczerpuje znamiona uznania jej złożenia za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż poszczególne ceny jednostkowe w istotnych częściach oferty zostały skalkulowane poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia. W niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe w oparciu o ceny jednostkowe, które według oświadczeń Zamawiającego mają bardzo istotne znaczenie i powinny obejmować wszystkie składniki cenotwórcze danej pozycji kosztorysowej. Badanie oferty wykonawcy co do cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne w orzecznictwie KIO. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga aby ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu obejmowały wycenę robocizny, materiałów, sprzętu, narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk. Temu obowiązkowi nie sprostał Przystępujący, który między innymi w zakresie wyceny maty elastomerowej proponuje kwotę 32,40 zł za m² mimo, iż na rynku sam zakup tego materiału spełniającego wymagania Zamawiającego to koszt 160 - 180 zł/m². Zatem ta pozycja kosztorysowa nie obejmuje wszystkich składników cenotwórczych jak tego wymaga SIWZ. Podobna sytuacja występuje w branży elektrycznej dział 1.5 gdzie całość działu oświetlenia ma niewiele większą wartość od wartości zakupu opraw zgodnych z dokumentacją oraz w branży niskoprądowej dział 2 gdzie urządzenia aktywne z montażem i uruchomieniem wyceniono poniżej kosztów zakupu samych urządzeń.

W ocenie Odwołującego złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są niewystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Należy przypomnieć, iż celem art. 90 ustawy Pzp jest eliminowanie z postępowania przetargowego niewiarygodnych wykonawców. Zgodnie z ugruntowanymi tezami przedstawicieli doktryny norma ta ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością robót lub zgłaszaniem roszczeń domagając się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie norma ta chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy

łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny (tak m.in.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Jerzy Pieróg, rok wydania: 2015, Wydawnictwo: C.H. Beck Wydanie: 13).

Zamawiający w dniu 5 lutego 2019 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, oraz wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 lutego 2019 r. wykonawca AL-DUE zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 14 lutego 2019 r. Zamawiający, wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO złożył, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp – złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

W pozostałym zakresie wskazał, iż Zamawiający nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania. Podnosił, że zgodnie z wydanym wyrokiem KIO 2520/18 z dnia 17 grudnia 2018 r. zwrócił się do wykonawcy AL-DUE o złożenie wyjaśnień oraz przedstawienie dowodów, że zaoferowane przez niego w ofercie ceny jednostkowe nie są rażąco niskie. Zakres wezwania był zgodny z sentencją cytowanego wyroku KIO. Zdaniem Zamawiającego wyznaczony przez niego termin 10- dniowy na złożenie wyjaśnień był podyktowany świadomością konieczności skompletowania przez wykonawcę AL-DUE stosowanych dokumentów, jak też miał związek z nieobecnością przewodniczącego komisji w tym czasie. Jego zdaniem, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, poparte dowodami, które stanowią oferty przygotowane przez dostawców materiałów. Odwołujący, jego zdaniem, kwestionuje ich prawdziwość, jednakże nie przedstawia w tym zakresie żadnych konkretnych argumentów.

W zakresie, w jakim Odwołujący podniósł, że oferowana mata akustyczna nie spełnia wymagań SIWZ, Zamawiający zwrócił uwagę, że wymagania odnośnie maty akustycznej znalazły się w dokumentacji projektowej, w części opisowej projektu (pkt 5.7, str. 61) oraz w specyfikacjach technicznych (str. 95, 96, 103). Niestety już w samej dokumentacji przetargowej wystąpiły rozbieżności pomiędzy podanymi parametrami mat akustycznych, których na etapie postępowania przetargowego nie wychwycił ani Zamawiający ani żaden z wykonawców. Specyfikacje techniczne dopuszczają zastosowanie mat z dwóch różnych materiałów, określając dla każdej z nich odmienne parametry, w tym najistotniejszy z nich to współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych. Dla maty elastomerowej ≥ 35 dB, dla maty z różnokomórkowej pianki poliuretanowej ≥ 34 dB. W części opisowej tymczasem podano już tylko jedną wartość tego współczynnika dla maty izolacyjnej na poziomie ≥ 34 dB. Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie miał innej możliwości jak uznać, że zaproponowany

przez Przystępującego materiał izolacyjny, posiadający współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych na poziomie ≈ 34 dB, spełnia wymagania dokumentacji. Odnosząc się do pozostałych parametrów wskazuje, że: grubość zaproponowanej maty 20 mm spełnia wymagania, dodatkowe 3 mm nie stanowią tu żadnego istotnego odstępstwa od projektu; ściśliwość na poziomie 10% (tj. 2 mm w przypadku maty o grubości 20 mm, przy maksymalnym dopuszczalnym obciążeniu $4,83 \text{ kN/m}^2$ spełnia warunek; przewodność cieplna i opór cieplny to parametry, które nie mają w omawianym przypadku żadnego znaczenia z uwagi na fakt, że mata akustyczna nie pełni tutaj, poza funkcją izolacji akustycznej, dodatkowej funkcji izolacji termicznej (str. 66 opisu projektu budowlanego). Zwraca też uwagę, że przywołana w dokumentacji norma ISO 717-2 bazuje na wynikach pomiarów przeprowadzonych na podstawie normy EN ISO 10140, tj. tej na podstawie której określono współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych dla maty zaproponowanej przez firmę AL-DUE. Odpowiadając na zarzuty Odwołującego, że Przystępujący dokonał manipulacji poprzez przemnożenie nakładu robocizny przez współczynnik zmniejszający zwrócił uwagę, że w przedmiarze robót pozycja dotycząca ułożenia maty akustycznej tj. KNR 202-1112-02 została uzupełniona w kolumnie „podstawa wyceny” o zapis „ANALOGIA”, co wskazuje wprost że nie należy jej traktować dosłownie a właśnie zmodyfikować. Tak właśnie uczyniono w ofercie wykonawcy AL-DUE, urealnijając wymagany nakład na robociznę. Odnośnie wyceny w zakresie oprav oświetleniowych oraz zastrzeżeń Odwołującego do przedstawionych ofert firmy SOLAR zwrócił uwagę, że wykonawca nie ma obowiązku posiadania pisemnych ofert na wszystkie materiały przyjęte w ofercie zaś fakt, że przedstawione oferty są aktualne na dzień składania wyjaśnień, nie zaś pozyskane przed terminem składania ofert, nie jest wystarczające dla kwestionowania ich wiarygodności. W zakresie zarzutu niedoszacowania cen puszek przypodłogowych Zamawiający wyjaśnił, że analizując wyjaśnienia złożone przez Przystępującego rozpoznał ceny na stronach internetowych producentów/ dostawców materiałów elektrycznych i stwierdził, że koszt skompletowania przedmiotowych puszek waha się w granicach od 125,00 zł. do 135,00 zł. Jest to cena dostępna dla każdego, zaś każdy z wykonawców prowadzących działalność korzysta w tym zakresie z rabatów i upustów. Z tego też powodu Zamawiający uznał, że zaoferowana cena niewiele odbiega od ceny „katalogowej” i jest możliwa do uzyskania przez wykonawcę AL-DUE.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty Przystępującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym

a Przystępującym w postępowaniu, w szczególności wyjaśnieniami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby nie odrzucenie oferty Odwołującego to jego oferta uplasowałaby się na drugiej pozycji, a w wypadku potwierdzenia powyższych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty Przystępującego, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w postępowaniu w szczególności wyjaśnieniami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp a także pisma procesowego złożonego przez Przystępującego do akt sprawy oraz dopuściła dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a przedstawicielem firmy SOLAR w zakresie dotyczącym wyceny opraw oświetleniowych. Izba nie dopuściła analogicznej korespondencji prowadzonej w języku niemieckim, która nie została przetłumaczona na język polski. Zgodnie bowiem z §19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawi ich tłumaczenie na język polski.

Izba oddaliła wnioski o przeprowadzenie dowodów: z zeznań świadka Bartosza Grelewskiego na okoliczność gdzie składowana jest mata, o której mowa w ofercie specjalnej, kiedy faktycznie była opracowywana oferta specjalna, na czym polegać ma pomoc organizacyjna i formalna AL-DUE, wysokości rynkowej ceny maty, o której mowa w ofercie specjalnej; z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa o specjalizacji w zakresie izolacji akustycznej na okoliczność ustalenia czy oferowana przez AL-DUE mata elastomerowa posiada parametry techniczne wymagane w dokumentacji przetargowej w szczególności te określone w dokumencie pt.: „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna”

(strony 95 i 103); z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność ustalenia czy poszczególne kwestionowanie w odwołaniu ceny jednostkowe ujęte w ofercie AL-DUE zawierają wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z wymogami SIWZ oraz czy oferta AL-DUE zawiera ceny nierynkowe, ceny poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy wykonawca AL-DUE uwzględnił w ofercie wymogi ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę uznając, że tezy objęte wnioskami dowodowymi zostały w wystarczający sposób wyjaśnione w toku rozprawy, zebrany materiał dowodowy i wyjaśnienia stron są wystarczające do wydania orzeczenia, a przeprowadzenie wnioskowanych dowodów przyczyniłoby się jedynie do przewlekłości prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II SIWZ – Przedmiot zamówienia jest rozbudowa budynku szkoły Zespołu Szkolno-Przedszkolnego nr 4 o nowy, niezależny segment częściowo podpiwniczony, dwukondygnacyjny wraz z budową w ramach zagospodarowania terenu chodników, dróg dojazdowych z placem manewrowym z wyznaczonymi miejscami parkingowymi. Zakres całego zamierzenia budowlanego obejmuje następujące etapy (wg kolejności realizacji):

- roboty przygotowawcze wraz z karczowaniem drzew i przesadzeniami,
- roboty ziemne i fundamentowe,
- roboty zewnętrzne instalacyjne,
- roboty konstrukcyjne murowe, żelbetowe,
- roboty instalacyjne wewnętrzne w pełnym zakresie branżowym,
- roboty wykończeniowe,
- wyposażenie pomieszczeń w meble i sprzęt dydaktyczny,
- budowa parkingów i dróg dojazdowych oraz chodników z kostki brukowej.

Przedmiot zamówienia określony został w dokumentacji projektowej, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót, które to dokumenty stanowią załączniki do SIWZ. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w Projekcie budowlanym dla tej inwestycji, Część 3 – Projekt architektoniczno-budowlany, pkt 5.7 – Izolacje, ppkt Izolacje akustyczne Zamawiający zawarł następujący wymóg: „Projektuje się w stropach międzykondygnacyjnych wykonanie izolacji akustycznej w postaci maty z różnokomórkowej pianki poliuretanowej lub maty elastomerowej gr. 17 mm ułożonej bezpośrednio na warstwie styropianu. Mata powinna posiadać zdolność tłumienia dźwięków uderzeniowych $\Delta L_w \geq 34$ dB. Jednocześnie szczegółowy opis parametrów wymaganych odnośnie maty akustycznej zawarto w SST, str. 95, 96 precyzując parametry techniczne dla użytych materiałów określając je odrębnie dla maty elastomerowej i różnokomórkowej pianki poliuretanowej. Zamawiający określił parametry techniczne dla maty elastomerowej w następujący sposób:

- Odporny na procesy starzenia się
- Trwale elastyczny
- Grubość warstwy 17mm
- Odporność na działanie temperatury $-20^{\circ}\text{C} + +80^{\circ}\text{C}$
- Współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych wg ISO 717-2 $\Delta L_w \geq 35$ dB
- Średnia sztywność dynamiczna wg DIN EN 29052-1 $s't \leq 12$ MN/m³
- Przewodność cieplna $\lambda=0,063$ W/mK
- Opór cieplny $R=0,289$ m²K/W
- Przewodność cieplna klasy odporności
- ogniowej wg DIN 4102/DIN EN 13501-1 klasa E
- Maksymalne obciążenie stałe do 3000 kg/m² (30kN/m²)
- Ściśliwość wg DIN EN 12431 $c \leq 2,0$ mm

zaś parametry techniczne dla różnokomórkowej pianki poliuretanowej:

- Odporny na procesy starzenia się, butwienie, niezmienność kształtu
- Trwale elastyczny
- Grubość warstwy 17mm
- Odporność na działanie temperatury $-20^{\circ}\text{C} + +80^{\circ}\text{C}$
- Współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych wg ISO 717-2 $\Delta L_w \geq 34$ dB
- Średnia sztywność dynamiczna wg DIN EN 29052-1 $s't \leq 10$ MN/m³
- Przewodność cieplna $\lambda=0,046$ W/mK
- Opór cieplny $R=0,331$ m²K/W
- Przewodność cieplna klasy odporności
- ogniowej wg DIN 4102/DIN EN 13501-1 klasa E
- Maksymalne obciążenie stałe do 2500 kg/m² (25kN/m²)
- Ściśliwość wg DIN EN 12431 $c \leq 2,0$ mm

wskazując jednocześnie, że wszystkie stosowane materiały muszą być zgodne z polskimi normami, a w razie ich braku powinny mieć decyzje dopuszczające je do stosowania w budownictwie.

Z kolei zgodnie z ustaleniami w Rozdziale XI SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny ofertowej wskazując, że:

1. Ceną ofertową jest cena brutto podana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ).
2. Cena ofertowa jest ceną kosztorysową.
3. Obliczenia ceny ofertowej należy dokonać w oparciu o:
 - 1) specyfikację istotnych warunków zamówienia,
 - 2) dokumentację projektową,
 - 3) przedmiar robót,
 - 4) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
 - 5) własną kalkulację dotyczącą zakresu robót uzupełniających i przygotowawczych np. zorganizowanie zaplecza dla pracowników; wydzielenie, oznakowanie i zabezpieczenie terenu prowadzenia robót; zorganizowanie zaplecza na potrzeby składowania materiałów budowlanych oraz kontenera do gromadzenia urobku z demontaży i rozbiórek; transport materiałów; zabudowa podliczników energii elektrycznej i wody wraz z poniesieniem kosztów zużytej energii elektrycznej i wody (uzgodnienie formy rozliczenia nastąpi w trakcie przekazania terenu prowadzenia robót) przygotowania dokumentów odbiorowych wraz z oznakowaniem i wyposażeniem w gaśnice zgodnie z wymogami ppoż, którą należy uwzględnić w kosztach pośrednich do kosztorysu.
4. Cena ofertowa jest ceną obliczoną w kosztorysie ofertowym ustaloną na podstawie cen jednostkowych każdej pozycji oraz ilości jednostek przedmiarowych podanych przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia ceny jednostkowej każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk.
Zamawiający nie wymaga dołączania do oferty zestawienia składników cenotwórczych. Cena ofertowa obliczona przez Wykonawcę musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania.
5. W całkowitej cenie ofertowej i cenach jednostkowych przedkładanych przez Wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę.
6. W cenie ofertowej należy również uwzględnić ewentualne uwagi i korekty wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku odpowiedzi na pytania, które mogą zostać zadane na etapie prowadzenia postępowania przetargowego.

7. Kosztorys należy przedstawić w formie uproszczonej wg wzoru, przy zachowaniu następujących zasad:

- 1) musi zawierać wycenę wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót z zachowaniem ilości jednostek przedmiarowych,
- 2) każda pozycja musi zawierać ilość jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową pozycji wraz z narzutami oraz wartość całkowitą danej pozycji,
- 3) wartość pozycji jednostkowych bez podatku VAT (podatek VAT należy uwzględnić w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ),
- 4) cenę jednostkową należy podać z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku (zasady zaokrąglania: poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę),
- 5) kolejność pozycji w kosztorysie ofertowym powinna być zgodna z przedmiarem robót dołączonym do specyfikacji,
- 6) niedopuszczalne jest nie dokonanie wyceny jakiejkolwiek pozycji – cena jednostkowa nie może wynosić „0 zł”,
- 7) należy podać wartości (podsumowania) poszczególnych działów kosztorysu bądź dołączyć tabelę elementów scalonych.

8. Cena ofertowa nie podlega waloryzacji do końca realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2520/18, wezwał wykonawcę AL-DUE do złożenia wyjaśnień, wraz z dowodami w kontekście istotnych części składowych ceny oferty, w zakresie zaoferowanych cen jednostkowych. Zgodnie z sentencją cytowanego wyroku Przystępujący zobowiązany został również do przedstawienia zestawienia składników cenotwórczych z czytelnym i jednoznacznym wyliczeniem wymaganych kosztów dla danej pozycji, ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów i innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko Przystępującemu. Pismo wzywające do złożenia wyjaśnień zostało przekazane wykonawcy AL-DUE w dniu 7 stycznia 2019 r., wyznaczając termin odpowiedzi na 17 stycznia 2019 r. Przystępujący, w określonym terminie, złożył stosowne wyjaśnienia, w zakresie wymienionych pozycji kosztorysowych tj.

- poz. 49d.1.1.12 kosztorysu branży budowlanej (Izolacja akustyczna z maty elastomerowej), załączając ofertę specjalną firmy Epufloor Sp. z o.o. z 2 października 2018 r. na matę wieloizolacyjną Highmat 20 za cenę 30 zł. netto/m²; dołączył również dokument pn. „Krajowa deklaracja właściwości użytkowych nr 3/EP/2017” dotyczącą wyrobu pn. Isolgomma Highmat, Highmat, Highmat Customized i Highmat Customized Plus; przedstawił również dla tej pozycji kosztorys szczegółowy prezentujący wyliczenie ceny jednostkowej, na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk;

- dla działu 1.5 (poz. od 20 do 36 d.1.5) branży elektrycznej, załączając na dowód wyliczenia ceny ofertę (zaktualizowaną) firmy SOLAR z 17 stycznia 2019 r. na zakup opraw oświetleniowych Beghelli wyjaśniając, że nazwy opraw są zgodne z opisem zawartym w projekcie; dla tego działu przedłożył kosztorys szczegółowy prezentując wyliczenie jak wyżej;
- w poz. 54-57 działu 1.7 branży elektrycznej, przedstawiając na dowód wyliczenia ceny ofertę (zaktualizowaną) firmy SOLAR z 17 stycznia 2019 r. na zakup materiałów elektrycznych; dla tej branży również przedłożył kosztorys szczegółowy prezentując wyliczenie jak wyżej;
- dla całego działu 2 (poz. od 49 do 55 d.2) branży niskoprądowej (dotyczy urządzeń aktywnych z montażem i uruchomieniem), przedłożył ofertę firmy Inter Service z 2 października 2018 r. na zakup materiałów elektrycznych; wyliczenie dla tych pozycji przedstawiając w kosztorysie szczegółowym.

Zamawiający, pismem z 30 stycznia 2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „AL-DUE” Bogusław Jarzyna 44-218 Rybnik, ul. Niedobczycka 50c z ceną oferty brutto: 4.418.936,57 zł (z VAT), gwarancja: 60 miesięcy, podejmując decyzję o odrzuceniu trzech innych ofert złożonych w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowo oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podnoszonych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ – Izba uznała zarzut za zasadny

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w postępowaniu, precyzując swoje wymagania między innymi odnośnie materiałów, które mają być użyte do realizacji zleczanych robót budowlanych. W opracowanym Projekcie architektoniczno-budowlanym przewidział, że w ramach zleconych prac zadaniem wyłonionego wykonawcy będzie wykonanie izolacji akustycznej w postaci maty z rożnokomórkowej pianki poliuretanowej lub maty elastomerowej. Wskazano tam, że użyty materiał (mata) ma mieć gr. 17 mm i być ułożona bezpośrednio na warstwie styropianu. Mata powinna posiadać zdolność tłumienia dźwięków

uderzeniowych $\Delta Lw \geq 34$ dB. Projekt przewidywał zatem alternatywny sposób realizacji robót w postaci użycia maty elastomerowej lub też maty z rożnokomórkowej pianki poliuretanowej. Dla każdej z nich Zamawiający opisał szczególne cechy, które winien spełnić dany materiał (odrębnie dla każdego z alternatywnie użytych materiałów), określając minimalne parametry techniczne w SST. Tym samym każdy wykonawca, ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobligowany był przy kalkulacji ceny ofertowej uwzględnić te wymagania, w zależności od oferowanego przez niego materiału. Bezspornym jest, że Przystępujący zaoferował matę elastomerową Highmat 20 mm ($\Delta Lw = 34$ dB), co wynika z odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (pismo wykonawcy AL-DUE z dnia 17 stycznia 2019 r.) skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oprócz wskazania nazwy i ceny materiału w swoich wyjaśnieniach Przystępujący wraz z pismem przedłożył również dokument pn. „Krajowa deklaracja właściwości użytkowych nr 03/EP/2017” dla oferowanego wyrobu budowlanego oraz opis parametrów technicznych maty, z których wynikało między innymi, że materiał ten charakteryzuje się następującymi właściwościami użytkowymi:

- grubość nominalna 20 mm
- współczynnik tłumienia dźwięków uderzeniowych UNI EN ISO 10140 $\Delta Lw = 34$ dB

Odwołujący wskazywał również na niezgodności w zakresie innych parametrów maty oferowanej przez wykonawcę AL-DUE w zestawieniu z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, które to parametry nie zostały wprost wymienione w przywołanym dokumencie.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Odwołującego, Zamawiający z jednej strony wskazywał na rozbieżności z zapisach SIWZ, które to odmiennie określały wymagania odnośnie maty akustycznej w dokumentacji projektowej i w SST, ponadto podnosił, że nie wszystkie z wyspecyfikowanych wymagań mają dla niego znaczenie. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Należy zauważyć, że w dokumentacji projektowej, w części opisowej w sposób ogólny wskazano na możliwość zastosowania mat z dwóch różnych materiałów, jednakże już w SST jednoznacznie przesądzono jakimi parametrami winien charakteryzować się każdy z użytych przez wykonawcę materiałów. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego, że skoro wykonawca AL-DUE przewidział w swoim kosztorysie i wycenił matę elastomerową winna ona spełniać wymagania jak dla tego konkretnego wyrobu. Tymczasem z porównania parametrów opisanych w SST a opisanych w wyspecyfikowanych w materiałach, które załączył sam Przystępujący wynika, że co najmniej w zakresie grubości oraz współczynnika tłumienia dźwięków uderzeniowych mata ta nie spełnia opisywanych wymagań.

Izba w tym miejscu zauważa, że każdorazowo o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności

oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w danym postępowaniu. Należy mieć na uwadze, że stwierdzenie takiej niezgodności stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeśli zatem Zamawiający stwierdzi, że zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez SIWZ wymagania, ma obowiązek zastosować sankcję przewidzianą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślić tu należy również znaczenie jakie odgrywa takie a nie inne sformułowanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca, zapoznając się z opisem zawartym w SIWZ podejmuje decyzję o wzięciu udziału lub rezygnacji z ubiegania się o udzielenie danego zamówienia. To opis w dużej mierze wpływa na decyzje wykonawcy w danym postępowaniu. Ma też bezsprzecznie znaczenie przy dokonywaniu kalkulacji ceny oferty, opis dla danej pozycji kosztorysowej wpływa bowiem na rodzaj zastosowanego materiału a w rezultacie determinuje jego cenę. Tym samym wyjaśnienia Zamawiającego, który akceptuje określone odstępstwa w zakresie użytej maty elastomerowej twierdząc, że jakich parametr, jak na przykład grubość maty nie ma znaczenia, albowiem „dodatkowe 3 mm nie stanowią tu żadnego istotnego odstępstwa od projektu” czy też w zakresie w jakim twierdzi, że parametry przewodności cieplnej i oporu cieplnego nie mają w omawianym przypadku żadnego znaczenia, gdyż mata akustyczna poza funkcją izolacji akustycznej nie pełni żadnej dodatkowej funkcji izolacji termicznej - jest nie do zaakceptowania. Każda stwierdzona niezgodność pomiędzy treścią SIWZ, a treścią oferty złożonej przez wykonawcę wymaga reakcji Zamawiającego.

Z wyżej opisywanych powodów Izba uwzględniła postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała jak w sentencji.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. 2018, poz. 419 ze zm.) - dalej jako ZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AL-DUE mimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Na wstępie należy zauważyć, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, która została uregulowana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że w przypadkach gdy wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną – złożoną ofertę odrzuca się. Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie zostało zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.) oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ciąży na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. Obecnie ustawodawca przesądził tę okoliczność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i ma to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Zauważenia wymaga, że z kolei obowiązkiem Zamawiającego, który wystosował do wykonawcy wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bez względu na to czy takie wezwanie było obowiązkowe, czy nie, to winien je ocenić przy zastosowaniu wszystkich reguł wynikających z przepisów ustawy Pzp, a odnoszących się do badania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek wskazać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, określonych cen jednostkowych jeśli tego dotyczyło wezwanie Zamawiającego lub też innych sprzyjających okoliczności, które mogły spowodować, że wskazana przez Wykonawcę cena zawiera wszystkie elementy których obowiązek uwzględnienia został opisany w SIWZ. Przy ocenie wyjaśnień składanych przez wykonawcę Zamawiający winien uwzględnić treść samego wezwania, a zatem na ile wyjaśnienia te rozwiewają wątpliwości Zamawiającego w kontekście zadanych pytań. Przyjmuje się, że Zamawiający powinien badać nie tylko same ceny podane w ofercie, ale również poczynione przez wykonawcę założenia przyjęte dla kalkulacji tych kwot, w zakresie realności (porównując do obowiązujących na rynku) i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania, celem zrealizowania przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe które składa wykonawca na potwierdzenie, że dokonana przez niego kalkulacja opiera się na propozycjach cenowych, pozyskanych od innych podmiotów.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe uwagi natury ogólnej na realia rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że Zamawiający, do czego został zobowiązany na mocy wyroku KIO z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2520/18, wezwał wykonawcę AL-DUE, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia. Przystępujący, pismem z 17 stycznia 2019 r. przedstawił wyjaśnienia oraz przedłożył dowody, które w jego ocenie potwierdzają rzetelność dokonanej kalkulacji i wysokość poszczególnych składników oferty.

W zakresie, w jakim Przystępujący wyjaśnił poziom ceny jednostkowej, przyjętej za 1 m² maty elastomerowej, powołał się na ofertę specjalną spółki Epufloor. Skład orzekający doszedł jednak do przekonania, uwzględniając odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że proponowana w ofercie mata elastomerowa nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ. Tym samym porównywanie cen wyrobów, które nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego co do parametrów z matą, która takie wymagania spełnia jest, w ocenie Izby bezprzedmiotowe. Niezależnie od tego należy przyznać rację Zamawiającemu, iż nie sposób uznać, że oferta kierowana bezpośrednio do Przystępującego, opiewająca na konkretną kwotę, winna wzbudzić wątpliwości co do jej realności. W ofercie wskazano jakie okoliczności powodują, że dla tego właśnie Przystępującego, materiał dostępny jest w specjalnej cenie. Fakt, że taki poziom cen nie jest dostępny dla innego wykonawcy, zwracającego się o wycenę do spółki Epufloor nie potwierdza, że współpraca opisana w ofercie specjalnej i związane z tym upusty cenowe nie dotyczą wykonawcy AL-DUE. Należy zatem uznać, że wyjaśnienia w tym zakresie urealniamy przyjęty w kosztorysie poziom ceny 1 m² maty, o parametrach wskazanych w ofercie a już z pewnością za nieuprawniony wniosek Odwołującego, że argumenty przedstawione w wyjaśnieniach AL-DUE są pozorne, stworzone wyłącznie na potrzeby postępowania a oferta pozyskana od firmy Epufloor stworzona wyłącznie na potrzeby udowodnienia, że cena jednostkowa nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący, kwestionując realność wyceny w tej części, podnosił również argument, iż wykonawca AL-DUE dokonał manipulacji w kalkulacji ceny ofertowej w pozycji nakładów w robociznie. AL-DUE dokonała bowiem przemnożenia nakładu 0,4219 x 0,081, co daje 0,034174 roboczo-godziny na m². W konsekwencji tego zabiegu oferta Przystępującego wycenia robocizną ułożenia 1296 m² maty na kwotę 1 244,16 zł., podczas gdy oferta Odwołującego wycenia robocizną w zakresie ułożenia maty w wysokości 19 241,27 zł netto z narzutami za 1296 m², zaś Zamawiający przyjął przy stawce roboczogodziny 13,50 zł wartość całej robocizny za ułożenie 1 296 m² maty w kosztorysie inwestorskim 13 482,78 zł. Izba uznała tu wyjaśnienia Zamawiającego, że przyjęty przez Przystępującego nakład wynika z przyjętej pozycji KNR, a zakres robót do wykonania, przyjęty przy jej zastosowaniu, umożliwia ułożenie 1 m² maty w zakładanym przez Przystępującego czasie. Odwołujący tym twierdzeniom Zamawiającego nie przeczył.

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego pozycji w zakresie wyceny działu 1.5. (od poz. 20 do 36.d.1.5) branży elektrycznej oraz poz. 54-57 działu 1.7 branży elektrycznej Izba wzięła pod uwagę, iż w tym zakresie Przystępujący złożył dowód w postaci oferty firmy Solar. Bez znaczenia dla oceny wiarygodności przedłożonej oferty jest data jej wystawienia, albowiem z oświadczenia złożonego przez firmę AL-DUE wynika, że oferta ta jest zaktualizowana, a kosztorys ofertowy został przygotowany w oparciu o taki poziom cen. Nietrafiona, w ocenie Izby, jest podnoszona przez Odwołującego argumentacja odnośnie dokonanej w ten sposób zmiany ceny oferty czy też jej „skonkretyzowaniu” w toku postępowania, nieuprawnione są także wnioski odnośnie faktu, że wykonawca AL-DUE nie dysponował ofertą firmy Solar na ten przedmiot na etapie składania ofert. Odwołujący przedstawiał jako dowód korespondencję prowadzoną z przedstawicielem firmy Solar, z której wynikać miało, że wycena teka nie była wcześniej przygotowywana dla Przystępującego, jednakże z jej treści wniosek taki nie może zostać wyprowadzony. Przedstawiciel firmy Solar stwierdza jedynie, że skieruje zapytanie do producenta nie zaś, że wycena w tym zakresie nie była wcześniej przygotowywana dla innego podmiotu, który się o to zwracał. Kolejnym argumentem, który potwierdzać ma, że wykonawca AL-DUE zaoferował w tych pozycjach ceny nierealne, rażąco niskie jest oferta firmy Solar, którą pozyskał Odwołujący, jak też fakt uzyskania informacji bezpośrednio od producenta opraw oświetleniowych, firmy Beghelli, która przy założeniu okresu 36 - miesięcznej gwarancji na oprawy oferuje cenę 71 104,40 zł netto, tymczasem AL-DUE cały dział 1.5 wyceniło na kwotę 74 420,23 zł netto z czego 4 280,00 zł. to przygotowanie podłoża i pomiary natężenia oświetlenia (poz. 20, poz. 36), więc na zakup opraw, montaż i udzielenie 60 miesięcznej gwarancji pozostaje 70 140,23 zł netto (poz. 21-35). Ponadto oferty firmy Solar, którymi dysponuje Przystępujący, nie zawierają również informacji, czy ceny uwzględniają 60 miesięczną gwarancję na urządzenia, co ten zadeklarował w ofercie przetargowej. W tym zakresie Izba uznała również zarzuty Odwołującego za nieznajdujące potwierdzenia w materiale dowodowym. Nie sposób uznać, że zaistniały podstawy do kwestionowania prawdziwości i realności wyceny przyjętej przez Przystępującego. Również fakt, że z treści oferty handlowej firmy Solar nie wynika, że obejmuje ona 60- miesięczny okres gwarancji nie dowodzi, że taką gwarancją Przystępujący nie dysponuje lub jej nie udzieli. Wykonawca AL-DUE dysponuje wiążącymi ofertami, w żądanym zakresie przedstawił szczegółową kalkulację obejmującą wszystkie składniki cenotwórcze dla tych pozycji, uwzględniające koszty ogólne, koszty zakupu i zysk, a zatem nieuprawnione są twierdzenia, że ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę AL-DUE są nierynkowe, rażąco niskie a poprzez ich przyjęcie na określonym poziomie wykonanie tego zamówienia staje się niemożliwe.

Podnoszone przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczą również wyceny w zakresie działu 2 (poz. od 49 do 55 d.2) branży niskoprądowej. Przystępujący załączył do złożonych przez siebie wyjaśnień dowód w postaci oferty firmy Inter Service na zakup materiałów elektrycznych, tymczasem Odwołujący wywodził, że ceny w niej przedstawione są niedoszacowane, załączona oferta handlowa nie obejmuje także ceny jednostkowej za puszkę. W tym zakresie Izba wzięta pod uwagę, co prezentuje w swoim piśmie procesowym Zamawiający, że z analizy cen rynkowych, którą przeprowadził wynika, że koszt skompletowania puszki 8xK45 waha się w granicach od 125,00 zł. do 135,00 zł. za puszkę. Przyjęta przez wykonawcę AL-DUE cena w tej pozycji kosztorysowej 100 zł. netto nie odbiega zatem w sposób znaczący od ceny rynkowej, dostępnej dla każdego klienta z ulicy. Podobnej analizy dokonał Zamawiający w odniesieniu do wyceny puszki podłogowej 2xK45. Izba stwierdziła, że ocena Zamawiającego jest właściwa, albowiem nie ma podstaw do uznania, że cena w tej pozycji może zostać uznana za rażąco niską, uniemożliwiającą realizację przedmiotowego zakresu.

Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNK. Nie sposób bowiem uznać, że poszczególne ceny jednostkowe w ofercie Przystępującego, w istotnych częściach oferty zostały skalkulowane poniżej kosztów ich zakupu czy wytworzenia.

Za nie znajdujący oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wyznaczenie Przystępującemu nieadekwatnego, zbyt długiego terminu na udzielenie wyjaśnień

Odwołujący upatrywał naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w tym, iż wyznaczył on Przystępującemu zbyt długi termin na złożenie wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosił, że taki termin, mając na uwadze, że wezwanie do wyjaśnień w tym przedmiocie było kierowane do Przystępującego po raz trzeci, jest nieadekwatny, zbyt długi i niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Porównywał ten termin do terminów wyznaczanych w tym postępowaniu innym wykonawcom.

Izba oddalając odwołanie w tym zakresie miała na uwadze, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym trybie było kierowane tylko do Przystępującego, było to pierwsze wezwanie obligujące wykonawcę AL-DUE do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie precyzuje terminu na udzielenie odpowiedzi na wezwanie, zatem każdorazowo Zamawiający wyznacza

ten termin mając na względzie okoliczności danej sprawy. Należy też zauważyć, że żaden inny wykonawca, w tym samym terminie, nie otrzymał od Zamawiającego wezwania w tym przedmiocie.

Z powyższych powodów należy uznać, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:



[Handwritten signature]
.....

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

[Handwritten signature]
PREZES
Izby Odwoławczej
Naczelnego Sądu Administracyjnego