

WYROK
z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2020 r. przez wykonawcę **Apis Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg,
orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Apis Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Apis Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Apis Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław** na rzecz zamawiającego **Gmina Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Miasto Elbląg, ul. Łączności 1, 82-300 Elbląg, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie terenu Parku dolina w Elblągu wraz z przebudową amfiteatru w ramach zadania: Rewitalizacja Parku Dolinka w Elblągu”, numer referencyjny: DZP.271.22.2020.AS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.05.2020 r., nr 544471-N-2020.

Pismem z dnia 28.08.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy **Apis Polska Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 85, 37-500 Jarosław** (dalej: „odwołujący”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 02.09.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się odrzuceniem oferty **Apis Polska** mimo, iż wykonawca ten zaoferował najkorzystniejszą cenę, nie odbiegającą znacznie od ceny kolejnego oferenta - wybranego przez zamawiającego, mimo iż odrzucony wykonawca obalił domniemanie prawne, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę.
- 2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia cen złożonych przez wykonawcę **Apis Polska Sp. z o.o.**, a w konsekwencji odrzucenie oferty **Apis Polska Sp. z o.o.**

pomimo, że udzielił jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień uzasadniających poszczególne pozycje kosztorysowe i ich wpływ na wskazaną wartość zamówienia, co więcej popart swoje stanowisko konkretnymi dowodami w postaci dokumentów, a wskazana przez niego łączna wartość oferty, co istotne, była niższa, od oferty wybranej przez zamawiającego o zaledwie 399.537,21 zł, co przy wartości zamówienia oferowanej przez Apis Polska na poziomie 6.955.114,74 zł, jest różnicą nieznaczną i wskazującą na fakt, że podana przez Apis Polska Sp. z o.o. wartość umowy była wartością rynkową, realną do realizacji przedmiotowej inwestycji, szczególnie, że sam zamawiający jak ogłosił bezpośrednio przed otwarciem ofert zamierzał przeznaczyć na to zadanie kwotę 7.350.000,00 zł i taką też przewidział w budżecie.

3) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieskierowanie do odwołującego wezwania do wyjaśnień doprecyzowujących w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez jego niewłaściwie zastosowanie, a co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy, która nie była ofertą rażąco niską w stosunku do pozostałych czy nawet przewidzianego na ten cel przez zamawiającego budżetu, przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Pismem z dnia 23.07.2020 r. oraz z dnia 7.08.2020r. Wykonawca Apis Polska sp. z o.o. złożył obszerne wyjaśnienia, dlatego dokonana przez Zamawiającego ocena jakoby pozycje 153 kosztorysu branży budowlanej, i poz. 321, 322, 357, 348 kosztorysu robót elektrycznych potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest błędna wobec tychże wyjaśnień Wykonawcy, które ten w całości podtrzymuje. Apis Polska Sp. z o.o., w treści wyjaśnień bowiem jednoznacznie wskazała, że w poz. 21 i 22 kosztorysu robót w zakresie budowy linii energetycznych Wykonawca uwzględnił zakup brakujących kamer w ilości 5 szt. (TVU zewnętrzna obrotowa - 1 szt. i kamer TVU zewnętrzna stałopozycyjna - 4 szt.) wraz z montażem.

Wykonawca podkreślił, że przy kalkulowaniu ceny oferty uwzględnił wszystkie Wymagania i warunki wykonania zamówienia określone przez Zamawiającego. Jak wskazał w piśmie z dnia 28.07.2020r. główne elementy oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny dotyczy robót, ale również cen materiałów i kosztów organizacji pracy. Oszczędność wykonania zamówienia oraz możliwość zaoferowania takiej ceny przez Wykonawcę możliwa była z uwagi na uzyskane oferty innych podmiotów, które Apis Polska Sp. z o.o. przedłożył jako załącznik. Ponadto na cenę wpłynęły takie okoliczności jak: sporządzenie oferty w oparciu o rzeczywiste, funkcjonujące na rynku i możliwe do uzyskania ceny. Wykonawca sam produkuje zaoferowane urządzenia małej architektury - posiada własne zakłady ślusarskie bogato wyposażone w zaplecze maszynowe oraz lakiernię proszkową. Co pozwala zdecydowanie obniżyć koszty realizacji zadania w tym zakresie. Wykonawca preferuje także zakup materiałów dla poszczególnych podwykonawców robót, czy dostarczanie sprzętu dla usługodawców. Pozwala to na negocjowanie indywidualnych stawek, przyspiesza tempo robót i prowadzi do sprawniejszego zakończenia realizacji prac. Ponadto firma posiada do dyspozycji sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia m.in.: specjalistyczny branży drogowej, środki transportu, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. Warto zaznaczyć, co nie pozostaje bez wpływu na koszty funkcjonowania Wykonawcy, a tym samym koszt realizacji zadania, że nie ponosi on kosztów wynajmu hali produkcyjnej, biura, zaplecza maszynowego, środków transportu, gdyż ma do nich tytuł własności. Działania realizacyjne Wykonawcy, mające odzwierciedlenie w możliwości zaproponowania Zamawiającemu ceny podanej w ofercie, dążą do jak największego angażowania własnych jednostek sprzętowych oraz ludzkich i ich optymalnego wykorzystania, co powetuje obniżenie kosztów realizacji i co za tym idzie możliwość obniżenia wartości składanych ofert. Zakładając, że na tej budowie Wykonawca będzie pracować własnym sprzętem, koszty przyjęte przy sporządzeniu ceny mogły ulec obniżeniu o kilka procent. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać w cenie kosztów najmu sprzętu oraz związanych z tym narzutów.

Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio niskim poziomie możliwe było między innymi dzięki optymalizacji zatrudnienia poprzez zaangażowanie pracowników o wysokich kwalifikacjach i motywacji do pracy, w ilości minimalnej jaka jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania kontraktu, pracownicy zatrudnieni otrzymują co najmniej minimalne wynagrodzenie, centralnej obsłudze finansowo-księgowej, centralnej obsłudze prawnej, optymalizacji cen zakupu materiałów realizowanych przez Dział Zakupów, które jest w stanie na etapie realizacji wynegocjować ceny niższe nawet o 10%-20% od ofert wyjściowych.

Co istotne dla rozstrzygnięcia sprawy Wykonawca wyjaśniał, że jego oferta jest porównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu i skalkulowana na podobnym, rynkowym poziomie cen".

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2)dokonania czynności ponownej oceny oferty odwołującego,
- 3)przewodzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 4)dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 03.09.2020 r. wykonawca Zakład Ogólnobudowlany inż. M. M., ul. Siedlecka 3, 82-300 Elbląg, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie nie zostało dokonane skutecznie, gdyż - zgodnie z oświadczeniem odwołującego - ww. wykonawca nie przekazał mu kopii przystąpienia. Z powodu zatem niedochowania wymogu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nie dopuściła ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika.

Pismem z dnia 11.09.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.
Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie terenu Parku Dolinka w Elblągu wraz z przebudową amfiteatru w ramach zadania „Rewitalizacja Parku Dolinka w Elblągu”.

W rozdziale XII siwz zamawiający wskazał:

- 1.Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot zamówienia ustalone na podstawie kosztorysów ofertowych Wykonawcy oraz na podstawie Wykazu cen pielęgnacji zieleni.
- 2.Cena oferty musi wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych na podstawie przedmiarów robót. Pozycje kosztorysowe muszą być zgodne z przedmiarami.
- 3.Cena oferty musi określać wynagrodzenie za realizację całości zamówienia tj.: robót budowlanych, uwzględniać wszystkie wymagania wykonania zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji zamówienia.
- 4.Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz przedmiarów robót, jak również nieujęte w przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania zadania, tj.: roboty przygotowawcze, porządkowe, utrzymanie zaplecza i terenu budowy (dostawa wody, usuwanie ścieków, wywóz śmieci, organizacja zaplecza socjalnego, oświetlenie, zasilanie w energię elektryczną, telefon, dozоровanie itp.), koszty dopuszczenia do czynnych urządzeń oraz wyposażenia budowli w instalacje i urządzenia techniczne zapewniające możliwość korzystania z nich zgodnie z ich przeznaczeniem, koszty wywozu i utylizacji odpadów powstałych w wyniku realizacji robót, koszty za zajęcie pasa drogowego przy realizacji robót budowlanych, koszty dokumentacji geodezyjnej powykonawczej, pielęgnacji zieleni przez okres gwarancyjny, jak również wszelkich opłat związanych z odbiorem robót oraz dopuszczeniem inwestycji do użytkowania, np. opłat za czynności odbiorowe itp.

Pismem z dnia 23.07.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Zamawiający wskazał (pisownia oryginalna):

„Zamawiający oczekuje konkretnych i szczegółowych wyjaśnień. Wykonawca winien przedstawić w wyjaśnieniach dane dotyczące m.in. szczegółowych metod kalkulacji ceny. Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o udzielenie powyższych wyjaśnień i złożenie dowodów w szczególności dotyczących cen części składowych zawartych w:

-poz. 321, poz. 322, poz. 347, poz. 348 KOSZTORYSU robót elektrycznych oraz

-poz. 153 kosztorysu ofertowego branży budowlanej: 45000000-7, Roboty 000000-7 Roboty budowlane budowlane

NAZWA INWESTYCJI: Elbląg - dz. nr ew. 386; 376; 382; 383/3;

375; 389/4; 394/2; 200; 209 obręb 9

NAZWA INWESTORA: Urząd Miejski w Elblągu; ul. Łączności 1; 82-300 Elbląg Czy Wykonawca przy kalkulowaniu ceny oferty prawidłowo wycenił urządzenia rozdzielcze, kamery zewnętrzne oraz blachę nierdzewną, o których mowa w pozycjach kosztorysowych wskazanych powyżej. Wykonawca wycenił:

-blachę nierdzewną, w poz. 153 kosztorysu ofertowego: 45000000-7, Roboty 000000- 7, Roboty budowlane budowlane

NAZWA INWESTYCJI: Elbląg - dz. nr ew. 386; 376; 382; 383/3;

375; 389/4; 394/2; 200; 209 obręb 9

NAZWA INWESTORA: Urząd Miejski w Elblągu; ul. Łączności 1; 82-300 Elbląg na kwotę 297,31 zł/m. podczas gdy pozostali Wykonawcy wycenili tę pozycję na kwotę 1 247,73 zł/m oraz 2 186,11 zł/m. Ponadto z tabeli Zestawienie materiałów nie wynika, iż blacha nierdzewna została wyceniona:

-urządzenie rozdzielcze, w poz. 321 KOSZTORYSU, na kwotę 1 099,77 zł/szt., podczas gdy pozostali Wykonawcy wycenili tę pozycję na kwotę 42 288,34 zł/szt. oraz 42 334,03 zł/szt. Ponadto z tabeli Zestawienie materiałów nie wynika, iż urządzenia rozdzielcze zostały wycenione:

-urządzenia rozdzielcze, w poz. 322 KOSZTORYSU, na kwotę 1 099,77 zł/szt., podczas gdy pozostali Wykonawcy wycenili tę pozycję na kwotę 31 788,34 zł/szt. oraz 31 834,03 zł/szt. Ponadto z tabeli Zestawienie materiałów nie wynika, iż urządzenia rozdzielcze zostały wycenione:

-kamery zewnętrzne, w poz. 347 KOSZTORYSU, na kwotę 287,49 zł/szt., podczas gdy pozostali Wykonawcy wycenili tę pozycję na kwotę 26 463,12 zł/szt. oraz 26 587,44 zł/szt. Ponadto z tabeli Zestawienie materiałów nie wynika, iż kamery zewnętrzne zostały wycenione.

Jednocześnie Wykonawca w kosztorysie ofertowym:

45231400-9, Roboty 231400-9, Roboty budowlane w zakresie budowy linii energetycznych budowlane w za

NAZWA INWESTYCJI: Elbląg - dz. nr ew. 386; 376; 382; 383/3;

375; 389/4; 394/2; 200; 209 obręb 9 NAZWA INWESTORA: Gmina Miasto Elbląg

poz. 21 odnoszącą się do takiej samej kamery zewnętrznej wycenił na kwotę 3 246,56 zł/szt.

-kamery zewnętrzne, w poz. 348 KOSZTORYSU, na kwotę 287,49 zł/szt., podczas gdy pozostali Wykonawcy wycenili tę pozycję na kwotę 14 913,12 zł/szt. oraz 15 037,44 zł/szt.

Ponadto z tabeli Zestawienie materiałów nie wynika, iż kamery zewnętrzne zostały wycenione.

Jednocześnie Wykonawca w kosztorysie ofertowym:

45231400-9, Roboty 231400-9, Roboty budowlane w zakresie budowy linii energetycznych budowlane w za

NAZWA INWESTYCJI: Elbląg - dz. nr ew. 386; 376; 382; 383/3;

375; 389/4; 394/2; 200; 209 obręb 9 NAZWA INWESTORA: Gmina

Miasto Elbląg

poz. 22 odnoszącą się do takiej samej kamery zewnętrznej wycenił na kwotę 3 246,56 zł/szt."

W odpowiedzi z dnia 28.07.2020 r. odwołujący wskazał:

„Wykonawca wskazuje, że zaoferowana przez niego cena zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wykonawca przedstawia poniżej wyjaśnienia wraz z konkretnymi informacjami oraz dowodami, które potwierdzają, iż złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i jest realną ceną rynkową.

Główne elementy oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny dotyczą robót ale również cen materiałów i kosztów organizacji pracy. Oszczędność wykonania zamówienia oraz możliwość zaoferowania takiej ceny przez Wykonawcę możliwa była z uwagi na:

1. Oferty innych podmiotów, z których tylko dla przykładu Wykonawca wskazuje, że otrzymał ofertę:

a) na prace branży elektroinstalacyjnej od firmy (...),

b) na wykonanie konstrukcji stalowych od firmy (...).

2. Wskazuje, że oferta Wykonawcy sporządzona została w oparciu o rzeczywiste, funkcjonujące na rynku i możliwe do

uzyskania ceny. Suma cen ofert podwykonawczych - ustalonych choćby w oparciu o średnie ceny z rynku możliwe do ustalenia w oparciu o dostępne publikatory wskazuje, że cena zaproponowana przez Wykonawcę za wykonanie przedmiotu umowy jest ceną rzeczywistą i rynkową.

3.Kolejną przyczyną pozwalającą Wykonawcy na taką kalkulację ceny oferty jest fakt, że sam produkuje zaoferowane urządzenia małej architektury. Wykonawca posiada własne zakłady stolarskie, ślusarskie, bogato wyposażone w zaplecze maszynowe oraz lakiernię proszkową. Co pozwala zdecydowanie obniżyć koszty realizacji zadania w tym zakresie.

4.Wykonawca preferuje także zakup materiałów dla poszczególnych podwykonawców robót, czy dostarczanie sprzętu dla usługodawców. Pozwala to na negocjowanie indywidualnych stawek, przyspiesza tempo robót i prowadzi do sprawniejszego zakończenia realizacji prac.

5.Ponadto firma posiada do dyspozycji sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia m.in: specjalistyczny branży drogowej, środki transportu, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu.

6.Warto zaznaczyć, co nie pozostaje bez wpływu na koszty funkcjonowania Wykonawcy, a tym samym koszt realizacji zadania, że nie ponosi on kosztów wynajmu hali produkcyjnej, biura, zaplecza maszynowego, środków transportu, gdyż ma do nich tytuł własności.

7.Działania realizacyjne Wykonawcy, mające odzwierciedlenie w możliwości zaproponowania Zamawiającemu ceny podanej w ofercie, dążą do jak największego angażowania własnych jednostek sprzętowych oraz ludzkich i ich optymalnego wykorzystania, co powoduje obniżenie kosztów realizacji i co za tym idzie możliwość obniżenia wartości składanych ofert. Zakładając, że na tej budowie Wykonawca będzie pracować własnym sprzętem koszty przyjęte przy sporządzeniu ceny mogły ulec obniżeniu o kilka procent. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać w cenie kosztów najmu sprzętu oraz związanych z tym narzutów.

8.Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio niskim poziomie możliwe było między innymi dzięki:

a) optymalizacji zatrudnienia poprzez zaangażowanie pracowników o wysokich kwalifikacjach i motywacji do pracy, w ilości minimalnej jaka jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania kontraktu, pracownicy zatrudnieni otrzymują co najmniej minimalne wynagrodzenie.

b) centralnej obsłudze finansowo-księgowej.

c) centralnej obsłudze prawnej.

d) optymalizacji cen zakupu materiałów realizowanych przez Dział Zakupów, które jest w stanie na etapie realizacji wynegocjować ceny niższe nawet o 10%-20% od ofert wyjściowych.

Wykonawca raz jeszcze zapewnia, że dokonując kalkulacji ceny oferty prawidłowo wycenił wszystkie jej elementy i urządzenia składające się na zakres umowy. Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem wymogów dokumentacji przetargowej i nie ma wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez Wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Wykonawca posiada stosowne doświadczenie w realizacji zamówień o podobnym charakterze dla instytucji administracji publicznej, zarówno państwowej jak i samorządowej, w związku z czym był w stanie odpowiednio oszacować koszty co pozwoliło na złożenie odpowiedniej oferty w w/w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia."

Do wyjaśnień odwołujący załączył oferty dwóch podwykonawców.

Pismem z dnia 03.08.2020 r. zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności dotyczących cen części składowych zawartych w tych samych pozycjach, co wskazane w pierwszym wezwaniu. Zamawiający dodał: „Zamawiający zwraca się o przedstawienie szczegółowej kalkulacji lub wyceny z rozbiem na szczegółowe składniki robocizny, materiałów i sprzętu dla każdej z wyżej wskazanych pozycji kosztorysowych, w tym w szczególności przedstawienie cen materiałów i

urządzeń uwzględniających wszystkie wymagania i warunki wykonania zamówienia określone przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający podkreśla, że z dokumentacji projektowej i STWiORB wynika, że ww. pozycje obejmowały nie tylko montaż, ale i dostawę oraz wskazuje, że w żadnych dokumentach nie informował, że jakieś elementy przedmiotu zamówienia będą przez niego dostarczone”.

W odpowiedzi z dnia 07.08.2020 r. odwołujący wskazał: „W pozycji 153 kosztorysu branży budowlanej oraz 321, 322, 347 i 348 kosztorysu robót elektrycznych z uwagi na posiadanie przez wykonawcę z poprzednich realizacji inwestycyjnych materiałów w postaci blachy nierdzewnej, urządzeń rozdzielczych, a także kamer spełniających wymagania Zamawiającego zostały wycenione jedynie koszty montażu. Dlatego też nie zostały one wykazane w tabeli zestawienia materiałów odpowiednio dla poz. 153 kosztorysu branży budowlanej oraz poz. 321, 322, 347 i 348 kosztorysu robót elektrycznych. Natomiast w pozycji 21 i 22 kosztorysu robót w zakresie budowy linii energetycznych Wykonawca uwzględnił zakup brakujących kamer w ilości 5 szt. (kamera TVU zewnętrzna obrotowa - 1 szt. i kamera TVU zewnętrzna stałopozycyjna - 4 szt.) wraz z montażem. Wykonawca wyjaśnia ponadto, iż przy kalkulowaniu ceny oferty uwzględnił wszystkie wymagania i warunki wykonania zamówienia określone przez Zamawiającego.

Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem podstaw opracowania dokumentacji przetargowej i nie ma wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez Wykonawcę i nie zagrażają jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia.”

Do wyjaśnień odwołujący załączył kosztorys ślusarki, robót elektrycznych i budowy linii energetycznych.

Pismem z dnia 28.08.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

„(...) Zamawiający po przeanalizowaniu cen poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych Wykonawcy APIS POLSKA oraz dwóch pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, stwierdził, że w poz. 153 kosztorysu ofertowego branży budowlanej oraz w poz. 321, poz. 322, poz. 347, poz. 348 KOSZTORYSU robót elektrycznych kosztorysu ofertowego Wykonawcy APIS POLSKA zaproponowane ceny w sposób rażąco odbiegają od zaproponowanych cen dwóch pozostałych Wykonawców.

Jednocześnie Zamawiający ustalił, że w zestawieniu materiałów Wykonawca APIS POLSKA nie uwzględnił blachy nierdzewnej, urządzeń rozdzielczych oraz kamer zewnętrznych wynikających ze wskazanych powyżej pozycji kosztorysowych. (...)

Ze złożonych wyjaśnień i dowodów nie wynikały informacje, w jaki sposób Wykonawca skalkulował ceny w poz. 153 kosztorysu ofertowego branży budowlanej oraz w poz. 321, poz. 322, poz. 347, poz. 348 KOSZTORYSU robót elektrycznych. Oferty potencjalnych podwykonawców na prace branży elektroinstalacyjnej oraz na wykonanie konstrukcji stalowych zawierają jedynie kosztorysy uproszczone na roboty, bez żadnego szczegółowego sposobu wyliczenia zaproponowanych cen jednostkowych. (...)

Wyjaśnienia Wykonawcy APIS POLSKA nie potwierdzają, że za zaproponowaną cenę wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca APIS POLSKA nie uwzględnił w wycenie kosztu materiałów niezbędnych do prawidłowego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Zamawiający podkreśla, że z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych stanowiących ZAŁĄCZNIK NR 11 do SIWZ wynika, że wyżej wymienione pozycje obejmowały nie tylko montaż, ale i dostawę odpowiednio blachy nierdzewnej, urządzeń rozdzielczych oraz kamer zewnętrznych. (...)

Wykonane roboty budowlane będą rozliczane obmiarem powykonawczym. Nierzetelna wycena poszczególnych pozycji może spowodować, że Wykonawca na etapie rozliczenia robót będzie oczekiwał zwiększenia wynagrodzenia w stosunku do pierwotnie proponowanego, gdy okaże się, że w przypadku zwiększenia ilości wykonanych jednostek

przedmiarowych w stosunku do pierwotnie ujętych w kosztorysie ofertowym Wykonawca APISPOLSKA uzna, że zaproponowana cena jednostkowa musi zostać zwiększona o koszt materiału. Z treści oferty wynika, że przedmiotowe roboty Wykonawca APISPOLSKA zamierza zlecić podwykonawcom. W związku z tym, z roszczeniem takim do Zamawiającego będzie mógł wystąpić również podwykonawca. (...)

Różnica między zaoferowaną ceną brutto za wykonanie części I zamówienia Wykonawcy APISPOLSKA SP. Z O.O., a Wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany inż. M. M. (...), tj. Wykonawcy, który złożył drugą pod względem ceny ofertę, to kwota 362 240,19 zł brutto. Brak wyliczenia przez Wykonawcę APIS POLSKA w cenie poszczególnych pozycji kosztorysowych pełnych i rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia spowodował, że cena za wykonanie części I zamówienia wskazana w ofercie nie obejmowała wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Gdyby cena Wykonawcy APIS POLSKA w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych zawierała ceny takie jak w drugiej cenowo ofercie to cena za wykonanie części I zamówienia Wykonawcy APISPOLSKA wzrosłaby o kwotę ok. 830 000,00 zł bez VAT, tj. ok. 1 020 000,00 zł brutto.

Natomiast gdyby w poz. 347, poz. 348 KOSZTORYSU robót elektrycznych przyjąć cenę zaproponowaną w poz. 21 i 22 w kosztorysie ofertowym: 45231400-9, Roboty 231400- 9, Roboty budowlane w zakresie budowy linii energetycznych budowlane w za NAZWA INWESTYCJI: Elbląg - dz. nr ew. 386; 376; 382; 383/3; obręb 9 NAZW. INWESTORA: Gmina Miasto Elbląg a w pozostałych kwestionowanych pozycjach ceny takie jak w drugiej cenowo ofercie to cena za wykonanie części I zamówienia Wykonawcy APIS POLSKA wzrosłaby o kwotę ok. 440 000,00 zł bez VAT, tj. ok. 541 200,00 zł brutto.

W takiej sytuacji, przy wadze kryterium „cena (brutto) za wykonanie części I” stanowiącej 50%, oferta Wykonawcy APISPOLSKA nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Powyższe potwierdza, że nieprawidłowa wycena przedmiotowych pozycji kosztorysowych ma istotny wpływ na wynik postępowania. Każdy wykonawca miał obowiązek w każdej pozycji kosztorysowej uwzględnić wszystkie elementy składające się na cenę, wynikało to wprost z zapisów SIWZ, a nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów i późniejsze powoływanie się w składanych wyjaśnieniach na oszczędności materiałów z innej inwestycji oznacza nierzetelną kalkulację i brak możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. (...)

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy APISPOLSKA i wybór oferty z nierzetelną kalkulacją spowodowałyby trudności przy ubezpieczeniu przez Zamawiającego wykonanej inwestycji. Przykładowo zamontowane zgodnie z poz. 347 i 348 KOSZTORYSU kamery zewnętrzne, na środkach trwałych i przy zawieraniu ubezpieczenia musiałyby w takiej sytuacji mieć wartość 0 zł. W związku z czym, w przypadku ich zniszczenia lub uszkodzenia, Zamawiającemu nie przysługiwałoby odszkodowanie w ramach ubezpieczenia, a koszt ich wymiany Zamawiający musiałby ponieść dodatkowo, co pośrednio zwiększyłoby koszt wykonania inwestycji. (...)

W związku z powyższym, oceniając wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę APIS POLSKA, Zamawiający uznał że zaoferowana przez Wykonawcę APIS POLSKA cena jest rażąco niską. Kwestionowane ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych, stanowiące istotne części składowe ceny, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poprzez brak uwzględnienia w nich cen materiałów zaoferowana cena wykonania zamówienia nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.”

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje

o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne

1)szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Przede wszystkim wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień w odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego. Jednak nawet jeśli zamawiający nie postawi konkretnych pytań, w zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować niższą cenę. W przypadku wskazywania kosztów poszczególnych elementów zamówienia, wykonawca musi także wykazać, jakie założenia legły u podstaw przyjęcia, że koszty te będą określonej wysokości, czyli: z czego wynika taka a nie inna wysokość tych kosztów. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień

wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie zamawiający pismem z dnia 23.07.2020 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do pięciu konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego: 153 (branża budowlana), 321, 322, 347 i 348 (branża elektryczna). Jednocześnie zamawiający wyraźnie wskazał, że w zestawieniu materiałów odwołujący nie zawarł wynikających z ww. pozycji urządzeń takich, jak: blacha nierdzewna, urządzenia rozdzielcze i kamery zewnętrzne oraz porównał ceny odwołującego z ww. pięciu pozycji z cenami pozostałych dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu i z cenami odwołującego w innych pozycjach kosztorysu. W tym zakresie zamawiający wezwał odwołującego o złożenie „konkretnych i szczegółowych wyjaśnień”, „szczegółowych metod kalkulacji ceny” oraz dowodów.

W odpowiedzi odwołujący złożył wyjaśnienia, w których m.in. zapewnił o: rzetelności swojej ceny, o „szczegółowej analizie wszystkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji zadania”, o swoim doświadczeniu, o zgodności ceny z prawem, umową i siwz, wskazał na: własną produkcję urządzeń małej architektury, własne zakłady stolarskie, ślusarskie i lakiernię proszkową, zakup materiałów dla podwykonawców, własny sprzęt, halę produkcyjną, biura, magazyny, optymalizację zatrudnienia, optymalizację cen zakupu materiałów, centralną obsługę finansowo-księgową, centralną obsługę prawną i zysk. Do wyjaśnień odwołujący dołączył dwie oferty podwykonawców, które - jak wskazał na rozprawie - stanowiły wyjaśnienie odnoszące się do tych pięciu pozycji, o które pytał zamawiający.

Po pierwsze zatem, należy stwierdzić, że załączone oferty podwykonawców zawierają kosztorysy uproszczone z poszczególnymi cenami, natomiast ani te oferty, ani wyjaśnienia odwołującego nie zawierają informacji, co powoduje, że ceny w kwestionowanych przez zamawiającego pozycjach odbiegają tak znacząco od cen innych wykonawców. Nie jest wystarczające w wyjaśnieniu ceny oferty podanie jedynie określonych kwot, ale w celu wykazania rzetelności wyceny, należy także wskazać, z czego te kwoty wynikają, zwłaszcza jeśli ich wysokość znacznie odbiega od cen rynkowych, co w tym wypadku pokazują ceny pozostałych wykonawców. Ograniczenie się zatem do załączenia ofert podwykonawców, nie może stanowić w niniejszej sprawie wiarygodnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanych przez odwołującego cen, zwłaszcza, że zamawiający wyraźnie żądał konkretnych i szczegółowych kalkulacji i wyjaśnień.

Po drugie, pozostała treść wyjaśnień z 28.07.2020 r., w ogóle nie odnosi się do zakwestionowanych przez zamawiającego pięciu pozycji, a w konsekwencji nie wynika z tych wyjaśnień, jaki wpływ na ceny w tych konkretnych pozycjach mają przykładowo: doświadczenie wykonawcy, własny sprzęt czy hala produkcyjna, optymalizacja zatrudnienia lub centralna obsługa finansowo-księgowa. Już tylko na marginesie należy wskazać, że powoływanie się na takie okoliczności nie wskazuje zresztą nie tylko wpływu na ceny w ww. pięciu pozycjach (o co pytał zamawiający), ale nawet na całą cenę oferty, gdyż ani nie są to okoliczności właściwe na rynku wyłącznie odwołującemu, ani też odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób na cenę oferty przekłada się przykładowo:

-własna produkcja urządzeń małej architektury, własne zakłady stolarskie, ślusarskie i lakiernia proszkowa i co to znaczy „zdecydowane obniżenie”?,

-negocjowanie indywidualnych stawek zakupu materiałów dla podwykonawców, np. jaki upust do jakiego materiału potrzebnego do realizacji zamówienia wykonawca wynegocjował?

-własna hala produkcyjna, biura i magazyny, np. jakiego rzędu oszczędności z tego wynikają?

-optymalizacja zatrudnienia - na czym ona polega w przypadku tego zamówienia i jakie rzeczywiste koszty zatrudnienia wykonawcy zakłada przy realizacji tego zamówienia? Wyjaśnienia odwołującego sprowadzają się do ogólnikowego wymieniania różnego rodzaju okoliczności bez wskazania ich wpływu na ceny pozycji, o które pytał zamawiający oraz do deklaracji, że wycena jest rzetelna, realna i odwołujący osiągnie zysk. Taki sposób formułowania wyjaśnień nie daje jednak zamawiającemu odpowiedzi na konkretnie postawione pytania i nie pozwala dowiedzieć się, skąd się biorą kwestionowane koszty. W konsekwencji, mimo deklaracji odwołującego, wyjaśnienia z 28.07.2020 r. nie dają podstaw do uznania, że cena nie jest rażąco niska. Jak bowiem wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie realności ceny, a nie jedynie zapewnianie o niej. Wobec braku takiego wykazania, już w oparciu o wyjaśnienia z 28.07.2020 r., zamawiający miał podstawę do odrzucenia oferty odwołującego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu, odnosząc się do argumentu, zgodnie z którym zasadne byłoby w niniejszej sprawie nakazanie

zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. W niniejszej sprawie żadna z ww. sytuacji nie zachodzi. Zamawiający w pierwszym wezwaniu wskazał swoje wątpliwości dotyczące pięciu konkretnych pozycji kosztorysu i w stosunku do tych pozycji zażądał szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji. Tym samym wezwanie zamawiającego było jednoznaczne, zaś odpowiedź odwołującego w dużej mierze nie odnosiła się do kwestionowanych pozycji, jak też nie zawierała szczegółowej kalkulacji cen zawartych w tych pozycjach. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziły przesłanki do tego, aby ponownie wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Mimo powyższych okoliczności, zamawiający wezwał odwołującego powtórnie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ww. pięciu pozycji. W odpowiedzi odwołujący wskazał, że: „z uwagi na posiadanie przez wykonawcę z poprzednich realizacji inwestycyjnych materiałów w postaci blachy nierdzewnej, urządzeń rozdzielczych, a także kamer spełniających wymagania Zamawiającego, zostały wycenione jedynie koszty montażu”. Po pierwsze, należy zauważyć, że wyjaśnienia odwołującego nie zostały poparte żadnym dowodem, co zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest niezbędne do wykazania realności ceny oferty. Po drugie, zgodnie z rozdziałem XII ust. 4 siwz cena oferty musiała zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji projektowo- kosztorysowej oraz przedmiarów robót, jak również nieujęte w przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania zadania. Jeśli odwołujący rzeczywiście dysponuje urządzeniami pozostałymi z realizacji innych inwestycji, to powinien był od razu np. w zestawieniu materiałów zaznaczyć tę okoliczność, tak aby zamawiający wiedział, że urządzenia te zostały uwzględnione, a jednocześnie ich wycena ma związek z tą okolicznością. Powoływanie się na takie okoliczności dopiero po odkryciu przez zamawiającego, że urządzenia nie zostały wskazane w ofercie, a ich wycena jest zaniżona, może w konkretnych okolicznościach faktycznych stanowić podstawę do stwierdzenia dokonania przez wykonawcę niedozwolonej zmiany oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) w celu doprowadzenia do jej zgodności z siwz (art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a w przypadku wyjaśniania ceny oferty - nie stanowi wiarygodnego wyjaśnienia, jeżeli nie jest poparte dowodami. Tym samym drugie wyjaśnienia odwołującego również nie dają podstawy do uznania cen w ww. pięciu pozycjach za realne.

Argumenty odwołującego dotyczące ceny 0 zł Izba uznała za niezwiązane ze stanem faktycznym sprawy, ponieważ odwołujący nie zaoferował ww. urządzeń za 0 zł. Nieuprawnione byłoby także domniemanie, że jeśli odwołujący nie uwzględnił tych urządzeń w zestawieniu materiałów, to znaczy, że podał dla nich cenę 0 zł.

Dodać także należy, że Izba ocenia prawidłowość działania lub zaniechania zamawiającego wg stanu na dzień, w którym zamawiający działał lub zaniechał działania. Tym samym zasadność odrzucenia oferty odwołującego Izba ocenia w świetle złożonych przez odwołującego wyjaśnień, którymi dysponował zamawiający, nie zaś w świetle argumentacji podniesionej dopiero w odwołaniu lub na rozprawie.

W tym miejscu również, odnosząc się do podniesionych przez odwołującego na rozprawie argumentów dotyczących nieistotności kwestionowanych pozycji oraz konieczności porównywania cen odwołującego z kosztorysem inwestorskim zamiast z innymi ofertami, należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierając zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący na rozprawie podniósł argumenty, zgodnie z którymi kwestionowane przez zamawiającego pozycje

nie stanowiły istotnych części składowych ceny, a ponadto zamawiający powinien był porównywać ceny z tych pozycji z cenami w kosztorysie inwestorskim, a nie w innych ofertach, jednakże okoliczności te nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontrydiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty, które nie były zawarte w treści odwołania.

Na marginesie jedynie należy podnieść, że jeżeli odwołujący uważa, że wskazane przez zamawiającego pozycje nie są istotnymi częściami składowymi ceny, to powinien w drodze odwoławczej zakwestionować już pierwsze wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast porównywanie ceny oferty do cen innych ofert zostało przez ustawodawcę wprost przewidziane w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie potwierdziły się. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Okosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 110 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący