

WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2020 r. przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Miasta Tarnowa, ul. Adama Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Miasta Tarnowa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Gospodarowanie wodami opadowymi w zlewni potoku Stary Wątok w Tarnowie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

3 grudnia 2020 r. pod pozycją 627175-N-2019.

W dniu 11 marca 2020 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno - Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce (dalej: „PBWI”), pomimo faktu, że oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty PBWI pomimo faktu, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia potwierdziły, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając wniesione odwołanie Odwołujący wskazał, że wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 13 stycznia 2020 r. do wykonawcy PBWI o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zawierało żądanie złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie całego zamówienia. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazywał żadnego ze szczególnie interesujących go elementów zamówienia, nie sugerował też jakimi dowodami może posłużyć się wykonawca PBWI.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty PBWI jest niższa o ponad 30% od średniej cen złożonych ofert, oraz niższa niemal o 29% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, złożone przez PBWI w dniu 14 stycznia 2020 r. wyjaśnienia nie wykazują związku z treścią wezwania. Odwołujący stwierdził, że wyjąwszy zapewnienia o tym, że wyjaśnienia są wyczerpujące i potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska oraz przywołane orzecznictwo, całe wyjaśnienie mieści się w zasadzie na jednej stronie. Tym samym, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia PBWI powinny zostać uznane za nie złożone w ogóle. Skutkiem nie złożenia wyjaśnień powinno być odrzucenie oferty.

Za nietrafne Odwołujący uznał wskazanie przez wykonawcę PBWI w wyjaśnieniach na zgodność wyliczeń z pkt XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), w którym Zamawiający zawarł sposób obliczenia ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, mając na względzie cel, jaki powinien przyświecać PBWI przy składaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, stwierdzenie to nie wnosi żadnych istotnych informacji - nie nawiązuje bowiem do żadnych konkretnych elementów cenotwórczych. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że brak jest informacji, gdzie znajduje się takie wyliczenie, gdyż wykonawca PBWI nie wskazał na nie.

Za bezprzedmiotowe Odwołujący uznał także powoływanie się przez PBWI na doświadczenie wykonawcy, jako że nie stanowi ono o możliwości zaoferowania konkretnej ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że twierdzenie wykonawcy PBWI na temat określenia wartości szacunkowej zamówienia zgodnie ze standardami kosztorysowania zawartymi w aktualnych aktach prawnych, oraz że wartość ta została wyliczona w oparciu o katalogi norm kosztorysowych, programu kosztorysowego NORMA PRO, nie odnosi się do sposobu kształtowania ceny oferty, a jedynie do warsztatu samej czynności kosztorysowania. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, użycie przez PBWI sformułowania „wartość zamówienia” powinno nasunąć Zamawiającemu poważne wątpliwości co do związku tej części odpowiedzi ze skierowanym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwaniem.

Odwołujący stwierdził, że nie wyjaśniono w ogóle i nie poparto konkretnymi wyliczeniami stwierdzenia, że kalkulacja jest zgodna z dokumentacją projektową i SST, a także, że wskazana cena brutto zawiera wszystkie składniki i koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że mimo że wykonawca PBWI załączył do wyjaśnień kosztorysy, to w treści wyjaśnień, ani w treści kosztorysów nie zawarto całego szeregu informacji, które powinny stanowić podstawę wyliczenia takiej a nie innej ceny oferty. W opinii Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach oraz kosztorysach brak wyceny następujących, obowiązkowych elementów wynikających z Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ):

- organizacja i zabezpieczenie placu budowy (punkt 13)
- likwidacja placu budowy (punkt 15)
- koszty mediów (punkt 19)
- koszt wytyczenia geodezyjnego oraz geodezyjnej dokumentacji powykonawczej (punkt 20)
- koszt załadowania, wyładowania, transportu i przekazania do utylizacji odpadów: gruzu, ziemi i innych materiałów z robót (punkt 21)
- koszty załadowania, wyładowania, przewozu drobnicy, grubizny, pozostałych odpadów z drewna (punkt 23-25).

Jak zauważył Odwołujący, skoro w wyjaśnieniach wykonawca PBWI oświadczył, że wskazana cena brutto zawiera wszystkie składniki i koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w SIWZ, powinien był przynajmniej te składniki wycenić i wykazać, że ich suma mieści się w zaoferowanej cenie oferty. Brak w treści wyjaśnień wyceny wyżej wymienionych obowiązkowych elementów cenotwórczych, powinien, zdaniem Odwołującego, doprowadzić Zamawiającego do konkluzji, że oferta PBWI zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do oświadczenia wykonawcy PBWI, że do kosztorysów ofertowych został doliczony zysk na całym zadaniu w wysokości 10% Odwołujący stwierdził, że analiza załączonych do wyjaśnień kosztorysów daje odmienny obraz. Odwołujący wskazał, że wykonawca PBWI przedstawił informację, że koszt robocizny wynosi 33 zł za godzinę, uwzględniając w tej stawce wartość robocizny 20 zł/h, 50% kosztów pośrednich oraz 10% zysku. Jak podał Odwołujący, analiza kosztorysów pod takim kątem prowadzi do wniosku, że wartość całkowicie obliczonego zysku dla kontraktu zostaje pomniejszona o wartość zysku od robocizny czyli pozostanie tylko zysk w wysokości 10% (S+KP(S)) wynoszący 30 601,37 PLN, co dla całości kontraktu daje wartość procentową w wysokości 0.79%. Odwołujący na tej podstawie stwierdził, że nie jest prawdą, że rzeczywiście założono 10% zysk dla całości kontraktu. Jak zaznaczył Odwołujący, wartość zysku waha się na granicy jakiegokolwiek opłacalności, a ponadto inne składniki robót nie zostały ujęte w załączonym „kosztorysie szczegółowym”.

Odwołujący stwierdził, że zestawienie tabelaryczne w podsumowaniu kosztorysów na stronie 29 Kosztorysu szczegółowego, pod słowem „PODSUMOWANIE” wykazuje bardzo niski poziom założonych kosztów pośrednich. Całość skosztorysowanych kosztów pośrednich pomniejszona o koszty przewidziane na robociznę wynosi 101 958,63 PLN (wiersz drugi, kolumna „Sprzęt”). Na kwotę tą składają się zarówno koszty ogólne budowy, jak i koszty zarządu.

Jak podał Odwołujący, do kosztów ogólnych budowy zalicza się następujące grupy kosztów:

- zarządzania budową,
- utrzymania biur budowy, toalet przenośnych, mediów, energii elektrycznej, wynajęcia terenu pod zaplecze budowy, wykonania tymczasowych przyłączy elektrycznych,
- utrzymania zaplecza socjalnego i świadczeń na rzecz pracowników,

- utrzymania terenu i zaplecza budowy,
- ochrony i zabezpieczenia budowy,
- usług obcych dotyczących realizacji budowy, których nie można przyporządkować poszczególnym obiektom budowlanym,
- koszty zarządzania budową i utrzymania biura budowy

Koszty zarządzania budową są związane przede wszystkim z kierownikiem budowy oraz jego pomocnikami. Do kosztów tych należy zaliczyć ich wynagrodzenia wraz z narzutami. Kierownik budowy zwykle ma również swoje biuro. Na koszty utrzymania biura budowy składają się głównie koszty materiałów biurowych, sprzętu biurowego (m.m. komputery i oprogramowanie), usługi telekomunikacyjne komórkowe i stacjonarne, koszty reprezentacji, samochodu służbowego, wynajmu kontenerów biurowych.

- koszty utrzymania zaplecza socjalnego i koszty świadczeń na rzecz pracowników

Do kosztów tych zalicza się koszty kontenerów socjalnych (zaplecze przeznaczone dla pracowników). Na niektórych budowach niezbędne są również kontenery, w których pracownicy mieszkają. Sytuacja taka występuje w szczególności na obiektach budowanych w terenie (daleko od stałego miejsca zamieszkania pracowników). Należy przy tym pamiętać, jak zauważył Odwołujący, że pracownikom przysługują diety za dojazd do pracy i rozłękę, środki czystości, ubrania robocze oraz inne. Świadczenia na rzecz pracowników wynikają z obowiązujących przepisów prawa oraz zwyczajów przyjętych w branży budowlanej.

Odwołujący dokonał szacunkowego obliczenia niektórych kosztów ogólnych budowy dla kontraktu będącego przedmiotem postępowania:

Zakładając, że czas realizacji budowy będzie trwał 10 miesięcy (wg SIWZ planowany termin zakończenia budowy 15 grudnia 2020 r), do realizacji kontraktu należy przewidzieć:

a) Zatrudnienie kierownika budowy na okres 10 miesięcy — Według Opisu Przedmiotu Zamówienia „Wymaga się aby zgłoszony przez Wykonawcę kierownik budowy było obecny na terenie budowy w trakcie realizacji robót”.

Jak wskazał Odwołujący, średni koszt zatrudnienia w budownictwie opublikowany przez GUS wg. stanu na dzień 31.12.2019 r. wynosi 5 574,44 PLN na miesiąc, więc koszt zatrudnienia tylko kierownika budowy wyniesie dla tego kontraktu 55 744,40 PLN.

b) Koszty uzyskania gwarancji należytego wykonania umowy dla kontraktu o wartości brutto 4 784 378,26 kształtują się na orientacyjnym poziomie 26 192,48 PLN. Obliczenie oszacowano wg. stawek średnich uzyskania gwarancji należytego wykonania umowy, gwarancji usuwania wad i usterek oraz ubezpieczenia ryzyka budowy.

c) Koszty organizacji zaplecza budowy, które trzeba utrzymywać przez 10 miesięcy realizacji (szacunkowo) około 5 000,00 - 15 000,00 PLN

d) Koszty ochrony terenu budowy w okresie nocnym i w weekendy. Licząc tylko zatrudnienie 1 osoby przez okres 10 miesięcy w okresie 1 zmiany to taki koszt wg stawki minimalnej wyniesie 10 x 2600 PLN brutto, tj. 26 000 PLN. Gdyby jednak zrezygnowano z ochrony pozostają koszty założenia monitoringu, które mogą wynosić ok. 5 000,00 PLN.

e) W kosztach ogólnych nie uwzględniono również kosztów organizacji dróg tymczasowych dojazdowych i utwardzenia placu pod zaplecze których szacunkowa wartość może wynosić ok. 40 000,00 PLN (dojazd około 100 mb, od drogi publicznej). Nawet w przypadku, gdyby wykonawca posiadał własne płyty drogowe ten koszt i tak wynosiłby około 25 000,00 PLN.

Suma ww. kosztów obliczonych przez Odwołującego wynosi 162 936,88 PLN.

Jak wskazał Odwołujący, koszty zarządu obejmują m.in.:

1) koszty administracyjno-gospodarcze, do których zalicza się m.in.:

a) płace i narzuty na płace pracowników zarządu,

b) koszty biurowe (materiały biurowe, opłaty telekomunikacyjne, koszty archiwizacji danych, obsługi rachunkowej itp.),

c) koszty podróży służbowych pracowników zarządu,

d) koszty szkoleń pracowników zarządu,

e) opłaty za usługi i świadczenia związane z administrowaniem przedsiębiorstwa,

f) tzw. podatki kosztowe (np. podatek od nieruchomości budynku zarządu),

g) koszty reprezentacji;

2) koszty ogólnogospodarcze, które obejmują m.in.:

a) koszty komórek, których - ze względu na ich wielkość - nie wyodrębniono jako wydziałów produkcji pomocniczej, np.: magazyny ogólnozakładowe, laboratoria, bocznice kolejowe,

b) koszty funkcji pełnionych przez jednostkę gospodarczą jako całość,
a w szczególności: ochrony mienia, szkoleń, bezpieczeństwa i higieny pracy, racjonalizacji i wynalazczości, dowozu pracowników,

c) koszty utrzymania budynków i pomieszczeń.

Odwołujący podał, że w większości firm budowlanych poziom kosztów ogólnozakładowych kształtuje się na poziomie od 2 do 10% wartości sprzedaży (obrotu rocznego) firmy. Zakładając tylko minimalny poziom kosztów w wysokości 2% dla tego kontraktu należałoby, zdaniem Odwołującego, przyjąć koszty na poziomie 77 794,77 PLN. Odwołujący zwrócił uwagę, że kosztu takiego wykonawca PBWI nie uwzględnił w swoich kalkulacjach.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że tylko minimalne koszty ogólne budowy nie licząc kosztów ogólnych zarządu firmy, muszą wynieść co najmniej 116 936,88 PLN. Odwołujący wywiódł, że z wykazanej przez PBWI kwoty kosztów pośrednich: 101 958,63 PLN nie ma możliwości pokrycia tych kosztów. Odwołujący podkreślił, że w wyliczeniu nie uwzględniono także kwoty minimum 77 794,77 PLN na pokrycie kosztów zarządu. Jak wskazał Odwołujący, biorąc pod uwagę fakt, że po pokryciu kosztów robocizny zakładany zysk miał wynosić 30 601,37 PLN, widocznym staje się, że brak ponad 47 000 PLN. Odwołujący zaznaczył, że już tylko po uwzględnieniu dotychczasowych wyliczeń, realizacja kontraktu przyniosłaby PBWI stratę, co nie jest dopuszczalne i potwierdza, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego, oświadczenie wykonawcy PBWI, że podjął decyzje pozwalające na zminimalizowanie kosztów ogólnych jawi się jako gołosłowne. Wykonawca ten nie wykazał, w ocenie Odwołującego, czego te decyzje dotyczyły i w jaki sposób ograniczył koszty ogólne. Jak stwierdził Odwołujący, nie można przyjąć, że nie będą

wypłacane wynagrodzenia, wnoszone opłaty za media czy pokrywane koszty utrzymania i organizacji placu budowy, a także koszty uzyskania gwarancji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca PBWI w wyjaśnieniach napisał, że przy realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów własnych i ograniczył koszty związane z zakupem, najmem lub wypożyczeniem maszyn. Odwołujący zauważył, że PBWI nie wykazał jednak czy posiada sprzęt własny, nie potwierdził jasno, że cały sprzęt posiada i jaki to jest sprzęt. Nie można zatem uznać, w ocenie Odwołującego, że PBWI wykazał kwotowy wpływ tych, jak na razie tylko hipotetycznych, oszczędności na cenę oferty.

Zdaniem Odwołującego, nie mogło zostać uznane za zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie PBWI, że jego wycena nie odbiega od realiów rynkowych. Odwołujący stwierdził, że porównanie cen ofert złożonych przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wskazuje dokładnie na coś odwrotnego. Złożona przez PBWI oferta w kwocie 4 784 378,26 PLN odbiega znacznie już od drugiej cenowo oferty w kwocie 6 447 660,00 PLN (różnica 1 663 281,74 PLN) brutto, jak również od pozostałych ofert. Najwyższa cenowo oferta opiewa na kwotę 8 554 650,00 (różnica 3 770 271,74 PLN) brutto. Jak wskazał Odwołujący, nawet kwota, którą Zamawiający przewidział na finansowanie zamówienia znacząco odbiega od oferty PBWI, bowiem wynosi 7 000 000,00 PLN brutto (różnica 2 215 621,74 PLN brutto).

W ocenie Odwołującego, żadna zatem z tez przedstawionych w wyjaśnieniu nie jest zgodna z rzeczywistością. Odwołujący podniósł, że przy braku poparcia tych wyjaśnień wiarygodnymi wyliczeniami (zdaniem Odwołującego, złożone kosztorysy nie zostały jasno z tym wyjaśnieniem powiązane), koniecznym było wnioskowanie, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska, albo że nie złożono wyjaśnień. Odwołujący uznał, że w każdym z tych przypadków Zamawiający był zobowiązany ofertę PBWI odrzucić.

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, które jednakże muszą mieć charakter obiektywny. Ich wpływ na wyliczenie i pozycjonowanie ceny oferty, musi zostać jednoznacznie wykazany. Wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Odwołujący wskazał na pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym „Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny”. Odwołujący przywołał również stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., gdzie stwierdzono, że nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla Wykonawcy proponującego niską cenę (sygn. akt V Ca 2214/06).

Odwołujący zwrócił uwagę, że do wyjaśnień zostały załączone dowody:

- 1) Kosztorys szczegółowy (1 kpl.)
- 2) Kosztorysy ofertowe podwykonawców (2 kpl.)
- 3) Oferty na materiały (6 sztuk).

Odwołujący wskazał, że dowody te należy oceniać mając na uwadze swobodę wykonawcy w ich doborze, ale przede wszystkim fakt, że to PBWI posiada wiedzę, jakimi czynnikami kierował się ten wykonawca przy dokonywaniu wyceny. Pogląd taki wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r.: „Izba podkreśla, że obowiązek złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy. Ustawodawca dobór narzędzi dowodowych pozostawia w gestii wykonawcy. To przecież wykonawca wycenia koszt swoich usług i to wykonawca wie najlepiej jakimi czynnikami kierował się wyliczając koszt realizacji

zamówienia." (sygn. akt KIO 1323/19).

Odwołujący podał, że powziąwszy wiedzę o istotnych brakach w kosztorysie złożonym jako dowód z wyjaśnieniami PBWI, skierował zawiadomienie o tym fakcie do Zamawiającego. W odpowiedzi, Zamawiający pismem z dnia 20 lutego 2020 r. stwierdził, że „w przypadku gdy Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia, kosztorys ofertowy ma jedynie rolę pomocniczą, a braki w takim kosztorysie nie mogą rodzić negatywnych skutków dla Wykonawcy. W kalkulacji wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które wynikają z wewnętrznej kalkulacji Wykonawcy nie mają większego znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w takim wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania podejmuje się Wykonawca. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego ocena przedstawionych faktów jest błędna. Skoro sam PBWI uznał „kosztorys szczegółowy” za dowód, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena rażąco niską nie jest, to Zamawiający powinien był dokonywać oceny tego dowodu w kontekście objęcia wyceną wszystkich pozycji Przedmiaru w całym zakresie, a nawet więcej, ujęcia w tym wyliczeniu kosztorysowym nawet takich pozycji, które chociaż nie zostały wprost wskazane w przedmiarze robót, to konieczność ich wyceny wynikała z Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), dokumentacji projektowej, STWiOR oraz wzoru umowy. Zdaniem Odwołującego, dopiero wykazując, że uwzględnił wszystkie czynniki cenotwórcze, PBWI oczyściłby swoją ofertę z zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyraził pogląd, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie uprawnia do oferowania cen rażąco niskich, które nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia. Nie oznacza on bowiem dowolności w kształtowaniu cen lub wręcz pomijania wyceny znanych w chwili jej dokonywania pozycji kosztotwórczych, a jedynie obciąża wykonawcę obowiązkiem realizacji za ustaloną kwotę wynagrodzenia, nawet w przypadku, gdyby już w toku realizacji kontraktu pojawiły się nowe okoliczności, wcześniej wykonawcy nieznane. Przede wszystkim, jak wskazał Odwołujący, gdyby w łącznej cenie zaoferowanej przez PBWI faktycznie mieściły się wszystkie konieczne składniki cenotwórcze, nawet po kosztach minimalnych, a wezwany do wyjaśnień i przedstawienia dowodów PBWI, stan taki wykazał, wówczas rzeczywiście dokonywanie oceny, czy wszystkie składniki zostały wycenione dokładnie czy mniej dokładnie, miałyby mniejsze znaczenie. Skoro jednak PBWI użył kosztorysu jako dowodu w procedurze wyjaśnienia ceny, prowadzonej w trybie art. 90 ustawy Pzp, gdy powstało domniemanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska, to kosztorys ten nie może podlegać ocenie w kontekście charakteru wynagrodzenia, lecz jako dowód w sprawie rażąco niskiej ceny, powinien wraz z wyjaśnieniem i ewentualnymi innymi dowodami, dawać kompletny obraz realnego wyliczenia ceny, obejmującego wszystkie składniki cenotwórcze.

Odwołujący wskazał także na inne uchybienia, potwierdzające że oferta PBWI zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w treści „kosztorysu szczegółowego” załączonego do wyjaśnień nie ujęto w ogóle czterech pozycji widniejących z Przedmiarze robót:

- Poz. 52 - Projekt organizacji ruchu - koszt opracowania projektu oraz wprowadzenie tej organizacji;
- Poz. 53 - Usunięcie humusu na odkład do wbudowania w nasyp: 4 225m²;
- Poz. 54 - wykop na odkład: 195 m³;
- Poz. 55 - makroniwelacja terenu (rozplantowanie gruntu z wykopu): 567 m³.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zbadał wpływu niewykazanych pozycji kosztorysowych na kształtowanie ceny oferty. W ocenie Odwołującego, pomimo zwrócenia uwagi przez Odwołującego, Zamawiający zbagatelizował niekompletność kosztorysu, a co za tym idzie, niespójność i niską wiarygodność złożonych wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził ponadto, że wykonawca PBWI w ogóle nie ujął w wyliczeniu szeregu kosztów wynikających wprost z dokumentacji technicznej:

1. Roboty ziemne:

- Wg przedmiarów robót jest 4 458,98 m³ wykopów [poz.2 przedmiaru robót], są to gliny pylaste, mady [pkt 4.2 — 4.5 opisu technicznego Tom 3, branża konstrukcyjna] o parametrach nie pozwalających na wbudowanie ich w nasypy pod drogi i place manewrowe. Materiał ten może być wykorzystany do makroniwelacji terenu i obsypania konstrukcji poza placami i drogami [rys nr 01 - Plan sytuacyjny].
- Pod projektowany plac manewrowy i drogę dojazdową należy wykonać nasyp z gruntu nośnego niewysadzinowego [pkt 4.2 opisu technicznego branża drogowa].

Droga dojazdowa: Poz. 56 przedmiaru dotyczyła formowania nasypów pod projektowaną drogę. Według przedmiarów robót była to ilość 1 377 m³. Według dokumentacji projektowej [rys. 01, 03, 04 branża drogowa] rzeczywista ilość to ok. 1 600 m³. Odwołujący zaznaczył, że pozycja taka w ogóle nie została ujęta w kosztorysie złożonym przez PBWI. Koniecznym jest zatem, zdaniem Odwołującego, przyjęcie, że podobnie jak to ma miejsce przy pozycji dotyczącej nasypu pod plac manewrowy, nie został uwzględniony materiał. Przyjmując cenę kruszywa oferowaną przez PBWI do innych robót [np. poz. 33 kosztorysu], to jest 50 zł/m³, otrzymujemy kwotę: 1 600 m³ x 50 zł/m³ = 80 000 zł.

Odwołujący podkreślił, że ww. kwota nie została w ogóle uwzględniona w kosztorysie dołączonym do wyjaśnień.

Plac manewrowy: Poz. 57 przedmiaru dotyczyła formowania nasypów pod plac manewrowy

- 2 681 m³. Jak zaznaczył Odwołujący, ani w tej, ani w innych pozycjach wykonawca PBWI nie uwzględnił dostawy kruszywa niewysadzinowego do wykonania nasypów pod plac manewrowy. Przyjmując cenę kruszywa podaną przez PBWI do innych robót [np. poz. 33 kosztorysu], tj. 50 zł/m³ otrzymujemy kwotę: 2 681 m³ x 50 zł/m³ = 134 050 zł.

Odwołujący stwierdził, że kwota ta nie jest uwzględniona w kosztorysie dołączonym do wyjaśnień.

W pozycji 58 kosztorysu Formowanie nasypów - nasypanie terenu pod makroniwelację z dokopu, nie ujęto kosztów materiału tylko robociznę i sprzęt. Pozycja dotyczy dowiezienia brakującego gruntu do wykonania makroniwelacji: 586 m³ x 36 zł/m³ = 21 096 zł.

Odwołujący zaznaczył, że kwota ta nie jest uwzględniona w kosztorysie dołączonym do wyjaśnień.

- W opisie technicznym pkt 4.7, str. 15, tom 3 branża konstrukcyjna znajduje się zapis „Celem uzyskania jednorodnych warunków posadowienia należy dokonać wymiany warstwy gruntu o miąższości ok. 0,5m na pospółkę o $I_s > 0,95$ lub zwiększyć grubość warstwy betonu wyrównawczego” - roboty te nie zostały uwzględnione w przedmiarze robót udostępnionym przez Zamawiającego. Odwołujący uznał, że ich brak w przedmiarze nie zwalniał PBWI z wliczenia ich ceny do ogólnej ceny oferty. W kosztorysie ofertowym PBWI robót tych brak. Według dokumentacji projektowej [rys. nr 2 PW branża konstrukcyjna] brakująca ilość kruszywa to ok. 73 m³. Przyjmując z poz. 28 kosztorysu PBWI - podłoża z kruszyw naturalnych, cenę za m³ z wbudowaniem 163,87 zł/m³ (24,58 zł/m² przy gr. 15 cm = 163,87 zł/m³) otrzymujemy kwotę: 73 m³ x 163,87 zł/m³ = 11 962 zł.

2. Roboty konstrukcyjne:

- Przedmiar robót udostępniony przez Inwestora nie uwzględniał wykonania chudego betonu C12/15 o grubości min. 30 cm pod konstrukcje żelbetowe pompowni i ściany wylotowej [rys. 2, 3, 4 Projektu Wykonawczego, branża konstrukcyjna]. Również w kosztorysie ofertowym PBWI roboty te nie zostały uwzględnione. Brakująca ilość to 70 m³. Zakładając średnią cenę 350 zł/m³ otrzymujemy kwotę 24 500 zł.

3. Droga dojazdowa, plac manewrowy:

- Według dokumentacji projektowej, rys. 03 branża drogowa należało wykonać podbudowę z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym [cement, wapno]. PBWI nie ujął w swojej ofercie spoiwa hydraulicznego [poz. 60 kosztorysu]. Koszt to około 5 000 zł.

4. Konstrukcja wzmocnienia pod rurociągi

- Według rys. 3.03 branża sanitarna, jako podbudowę pod rurociągi należało wykonać wzmocnienie podbudowy georuszem. Przedmiar robót nie obejmował ułożenia georusztu. PBWI nie uwzględnił w kosztorysie kosztów wykonania tych robót. Biorąc cenę z poz. 84 kosztorysu PBWI wzmocnienie podłoża gruntowego geokratami $21,06 \text{ zł/m}^2 \times 288 \text{ m}^2 = 6 065 \text{ zł}$.

- Dodatkowo w przypadku napotkania na grunt spoisty podczas wykonywania wykopów należało go wymienić na podsypkę piaskową grubości 30 cm (rys. 3.03 branża sanitarna). Szacunkowa ilość $90 \text{ m}^3 \times 55 \text{ zł/m}^3 = 4 950 \text{ zł}$. W przypadku konieczności wykonania tych robót również nie są one ujęte w kosztorysie ofertowym. Powinny jednakże zostać uwzględnione przez PBWI w wyliczeniu ceny oferty.

5. Zagospodarowanie terenu

- Według dokumentacji projektowej, wokół nasypu placu manewrowego należało wykonać odwodnienie w postaci korytek betonowych muldowych. Roboty te nie zostały ujęte w przedmiarach. Nie zostały także wycenione w kosztorysie PBWI. Ich koszt, to: $93 \text{ mb} \times 100 \text{ zł/mb} = 9 300 \text{ zł}$.

- 6. W przedmiarach robót udostępnionych przez Inwestora nie zostały uwzględnione 3 szt. drabin do komory pompowni. Również kosztorys PBWI nie uwzględnia dostawy i montażu drabin - koszt ok. 12 000 zł.

7. Bilans mas ziemnych:

Wg przedmiarów robót wykopów jest 4 458 m³, rzeczywista ilość wykopu to ok. 3 500 m³, zasypkę jest ok. 6 000 m³. Z bilansu trzeba by dowieźć ok. 2 500 m³ gruntu. $2 500 \text{ m}^3 \times 50 \text{ zł/m}^3 = 125 000 \text{ zł}$

8. Zgodnie z projektem branży drogowej rys. 03, warstwy konstrukcyjne pod

nawierzchnie drogi składają się z:

- warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej C90/3 o uziarnieniu 0/31,5 mm - gr 20 cm;
- warstwy podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym C3/4 - gr 20 cm;
- nasypu z gruntów niewysadzinowych.

PBWI skalkulował warstwy konstrukcyjne podbudowy pod drogę i plac manewrowy jako:

- warstwa piasku gr 20 cm - poz. kosztorysowa nr 60
- warstwa pospółki gr 20 cm - poz. kosztorysowa nr 61

Zgodnie z rysunkiem dla branży drogowej nr 02 - profil podłużny, wysokość nasypu, który należy wykonać jako część podbudowy pod drogę wynosi od 0,2 m do 3,2 m. Zatem nasyp pod drogę z gruntów niewysadzinowych np. pospółkę należało przyjąć o grubości od 0,2 do 3,2 m. PBWI w ogóle nie dokonał kalkulacji warstw podbudowy pomocniczej i zasadniczej zgodnie z projektem branży drogowej (rys. 03). Brak jest wyceny podbudowy pomocniczej związanej spoiwem hydraulicznym C3/4 - gr 20 cm.

Odwolujący podsumował ww. pozycje na kwotę 433 923,00 PLN, o którą, w jego ocenie, oferta PBWI powinna być wyższa. Odwołujący dodał przy tym, że dla uzyskania kompletnego obrazu, kwota ta powinna zostać powiększona o wcześniej wykazaną przez Odwołującego w związku z zaniżeniem przez PBWI kosztów ogólnych i kosztów zarządu, kwotę 47 000 PLN. Oznacza to, jak podał Odwołujący, że łącznie wykonawca PBWI nie uwzględnił w wycenieniu ceny co najmniej kwoty 480 923,00 PLN netto, co z uwzględnieniem podatku VAT daje kwotę 591 935,29 PLN. Okoliczność ta, w ocenie Odwołującego, potwierdza, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwolujący zaznaczył, że średnia cena wszystkich złożonych ofert to 7 309 776,79 PLN. Gdyby PBWI uwzględnił w cenie oferty brakującą kwotę wyliczoną przez Odwołującego, wówczas cena ta wynosiłaby 5 375 913,55 PLN. Stanowiłaby wówczas 73,54% średniej ceny złożonych ofert i 80,04% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Oznacza to, że byłaby niższa od średniej ceny złożonych ofert o 26,46%, zaś od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 19,96%. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie musiałby z mocy prawa wszczynać procedury wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowy przypadek może stanowić

14

potwierdzenie trafności wprowadzenia zapisu art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp.

Odwolujący podniósł, że ponad wyżej wymienione braki, w kosztorysach na roboty:

a. technologiczne o wartości - 838 674,04 PLN

b. elektryczne o wartości — 124 325,96 PLN i 405 744,10 PLN

nie zawarto szczegółowej informacji, który zakres robót został zaoferowany przez konkretnego podwykonawcę. W wyjaśnieniach wymieniono tylko, że są to firmy Hydro-Partner Spółka z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Hydrotechnicznych WODA Sp. z o.o. nie przywiązując do konkretnego podmiotu żadnego konkretnego zakresu zamówienia wyliczonego w załączonym kosztorysie. Odwołujący zauważył, że kosztorysy te nie zostały podpisane przez podwykonawców, brak również jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego zaoferowanie przez te firmy wykonania robót w zawartych w tych kosztorysach zakresach i po cenach tam wskazanych, brak jest potwierdzenia, że zaoferowany zakres robót i dostaw będzie spełniał warunki kontraktowe dotyczące gwarancji, tj. 5 lat gwarancji na urządzenia pompowe, roboty elektryczne i 2 lata gwarancji na pozostałe urządzenia. Zdaniem Odwołującego, walor dowodowy tych kosztorysów jest znikomy. Odwołujący wyraził pogląd, że ich dołączenie przez PBWI można odczytywać wyłącznie jako kontynuację ciągu niepowiązanych ze sobą informacji, które mogą potwierdzać jedynie, że cena oferty jest rażąco niska.

Odwolujący stwierdził, że wykonawca PBWI nie sprostął obowiązkowi złożenia wyczerpujących wyjaśnień oraz potwierdzających te wyjaśnienia dowodów.

W ocenie Odwołującego, bez znaczenia pozostaje zawartość i stopień szczegółowości wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 191/19. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był już na tym etapie podjąć decyzję o odrzuceniu oferty PBWI. Zamiast tego, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający wezwał PBWI do złożenia nowych wyjaśnień odnoszących się do brakujących zdaniem Zamawiającego elementów. Działanie to Odwołujący uznał za niezgodne z prawem, a co za tym idzie, nie mogące wywoływać skutków dla oceny już wcześniej złożonych wyjaśnień

wraz z dowodami. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt. KIO 1323/19 oraz z dnia 07 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 131/18. Odwołujący stwierdził, że wątpliwości Zamawiającego co do przedstawionej wyceny wyrażone w piśmie z dnia 21 stycznia 2020 r. nie mogły stanowić wcześniej złożonych przez

PBWI wyjaśnień i dowodów.

Zdaniem Odwołującego, dodatkowe wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego, nie wniosły żadnych nowych informacji, które w najmniejszym choćby stopniu wykazałyby, że ponad półtoramilionowa różnica w cenie oferty w relacji do średniej cen złożonych ofert znajduje swoje materialne usprawiedliwienie. Co więcej, jak zauważył Odwołujący, PBWI złożył nowe dowody, które nie wnoszą istotnych informacji poza tylko tym, że okazało się że istnieje jeszcze jeden przewidywany podwykonawca: M., który miałby rzekomo zajmować się odwodnieniem wykopów. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ten nie był wymieniany w pierwszym wyjaśnieniu PBWI. Załączono także ofertę ACCELOR MITTAL, jednak jej adresatem nie był PBWI, lecz PBWI Nieruchomości Sp. z o.o. W opinii Odwołującego, sama oferta może jedynie stanowić dowód, że nieprawdziwe jest oświadczenie PBWI jakoby korzystał wyłącznie z własnego sprzętu - dla wykonania odwodnienia wykopów konieczne jest wypożyczenie grodzic ACCELOR MITTAL. Odwołujący wskazał, że także serwis grodzic, jest świadczony przez ten podmiot.

Odwołujący podniósł, że kwota podana przez PBWI za odwodnienie wykopów nie zawiera w sobie kosztów serwisu, które ACCELOR MITTAL wymienia w treści oferty zastrzegając, że nie przyjmie nie wyserwisowanych grodzic :

- a) otworowanie: 30 PLN/szt.
- b) zaślepienie otworów montażowych: 110 PLN/szt.
- c) zaślepienie otworów po kotwieniu: 110 PLN/szt.
- d) naprawa zamków (max 20 cm): 100 PLN/szt.
- e) czyszczenie i sortowanie: 50 PLN/szt.
- f) odcinanie uszkodzonych końców grodzic czyszczenie zamków 12 PLN/m
- g) usuwanie przyspawanych elementów 280 PLN/godz.

W ocenie Odwołującego, nowe wyjaśnienia nie tylko nie wniosły kompleksowej informacji na temat podstaw zaoferowanej ceny, ale są sprzeczne z wyjaśnieniami złożonymi wcześniej. Odwołujący stwierdził, że nie mogły one stanowić podstawy do uznania przez Zamawiającego, że PBWI wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że mimo że Zamawiający wezwał PBWI do złożenia wyjaśnień z dowodami, wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, nie zawierają żadnych powiązań z załączonymi kosztorysami i ofertami dostaw. Z kolei kosztorys szczegółowy potwierdza, w ocenie Odwołującego, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty PBWI;

- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca PBWI.

Izba stwierdziła, że przystąpienie PBWI jest nieskuteczne z uwagi na fakt, iż zostało ono podpisane jednoosobowo przez Wiceprezesa Zarządu J. N., podczas gdy z dokumentu rejestrowego wynika wymóg dwuosobowej reprezentacji. Do treści zgłoszenia przystąpienia nie został dołączony dokument potwierdzający uprawnienie J. N. do reprezentowania wykonawcy PBWI jednoosobowo. Uprawnienia takiego nie wykazał też wykonawca PBWI na posiedzeniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie pompowni przewalowej wód opadowych na potoku Stary Wątok w Tarnowie oraz remoncie koryta potoku Stary Wątok na odcinku: od wału przeciwpowodziowego rzeki Biała Tarnowska, do wylotu jego zarurowanej części zlokalizowanego poniżej ul. Krakowskiej w Tarnowie.

Zakres robót do wykonania zamówienia obejmuje m.in.:

- 1) tyczenie geodezyjne,
- 2) budowę zbiornika dopływowego zabudowanego na korycie potoku Stary Wątok, którego zadaniem będzie przejście i częściowa retencja wód,
- 3) budowę ściany czołowej o konstrukcji żelbetowej stanowiącej wlot zamkniętego kanału dopływowego do pompowni wód zgromadzonych w zbiorniku dopływowym,
- 4) budowę rurociągu 2xDN 1200 do transportu wód od ściany wlotu do komory zbiorczej pompowni o długości ok. 12 m wraz z urządzeniami towarzyszącymi,
- 5) budowę dwukomorowego zbiornika pompowni wód opadowych o wymiarach 10m x 12,9m o konstrukcji żelbetowej zabudowanego na korycie potoku Stary Wątok wraz z wyposażeniem w urządzenia pompowe sterowane automatycznie,
- 6) budowę rurociągu 2xDN1200 do transportu wód od zbiornika pompowni do wlotu

przepustu wałowego 1xDN1200,

7) wykonanie infrastruktury towarzyszącej, tj.:

a) budowa zjazdu z drogi publicznej z drogą dojazdową,

b) plac manewrowy o wymiarach 26 m x 22 m wykonany z kostki betonowej 8cm,

c) ogrodzenie placu manewrowego z siatki stalowej ocynkowanej o wys. 2,20m wraz z bramą wjazdową o szerokości 4,5m,

8) wykonanie infrastruktury technicznej: sieci uzbrojenia terenu (zasilanie urządzeń, oświetlenie),

9) makroniwelację terenu,

10) przebudowę dna koryta potoku celem zachowania jednolitego spadku,

11) korektę trasy koryta dla likwidacji zbędnych zakoli i załamów,

12) reprofiliację obu stron skarp,

13) zabezpieczenie przeciwerozyjne skarp i dna (geokrata + geowłóknina),

14) umocnienie podnóża skarp kieszką faszynową pojedynczą i podwójną (odcinkowo),

15) roboty towarzyszące (usunięcie istniejących prowizorycznych indywidualnych umocnień, wycinka zieleni niskiej i wysokiej, humusowanie i obsiew mieszaną traw),

16) opracowanie kompletnej dokumentacji odbiorowej powykonawczej, wynikającej z zakresu wykonanych robót, wymaganej przepisami prawa - 2 egz.

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawiera „Opis przedmiotu zamówienia” (OPZ), stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ oraz dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik nr 8 do SIWZ (rozdział III pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Zamawiający, opisując w rozdziale XII Specyfikacji sposób obliczenia ceny wskazał:

„1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie

w Formularzu ofertowym, sporządzonym wg załącznika nr 2 do SIWZ ceny ofertowej brutto na realizację przedmiotu zamówienia.

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ.

3. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).

4. Cena musi być podana cyfrowo z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

5. Podana w ofercie cena pozostaje niezmienna przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia - cena ryczałtowa, z zastrzeżeniem § 18 ust. 5 oraz § 17 ust. 1 wzoru umowy.

6. Zamawiający nie wymaga dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych.”.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło sześć ofert:

- Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. - 7 810 500,00 zł brutto,

- „NOWEL” P. N. - 8 325 721,60 zł brutto,
- Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodno - Inżynieryjnego w Krakowie Sp. z o.o. - 4 784 378,26 zł brutto,
- MEL-KAN sp. z o.o. - 8 554 650,00 zł brutto,
- Inżynieria Rzeszów S.A. - 6 447 660,00 zł brutto,
- Usługi Budowlano-Transportowe „ANKO” S. O. Spółka Jawna - 7 935 750,90 zł brutto (pkt 12 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego nie znajdują uzasadnienia na gruncie dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez PBWI wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny bądź też że ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta PBWI zawiera rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że w wezwaniu z dnia 13 stycznia 2020 r. do złożenia wyjaśnień wystosowanym do PBWI Zamawiający oparł się na treści przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie określił, jakiego zakresu przedmiotu zamówienia powinny dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy, nie dał wykonawcy wytycznych co do ram i sposobu złożenia wyjaśnień. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, brak jest podstaw do negowania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PBWI z tego względu, że nie odnoszą się one do pewnego zakresu zamówienia. Jako że Zamawiający dał wykonawcy wolną rękę w zakresie metodologii udzielania wyjaśnień, wykonawca uprawniony był do przedstawienia przyjętych założeń w sposób najwłaściwszy według uznania wykonawcy.

Izba stwierdziła, że wykonawca PBWI odpowiadając na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami na poparcie twierdzeń w nich zawartych. Wykonawca PBWI zapewnił, że wartość zamówienia jest zgodna ze standardami kosztorysowania zawartymi w aktualnych aktach prawnych, a także została wyliczona w oparciu o katalogi norm kosztorysowych, programu kosztorysowego NORMA PRO, dokumentację projektową, SST. Wykonawca PBWI złożył oświadczenie, że wskazana cena brutto zawiera wszystkie składniki i koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. Ponadto, w kalkulacji uwzględniono koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie zabezpieczeń społecznych. Ponadto, jak oświadczył PBWI, zaoferowana cena zapewnia również uzyskanie zysku w wysokości 10%.

Wykonawca PBWI wskazał na wysokość kosztów pracy, które są zgodne z obowiązującymi przepisami. Wykonawca ten poinformował także Zamawiającego, że na cenę oferty wpływa fakt, że posiada on własny sprzęt budowlany niezbędny do wykonania zamówienia. Sprzęt ten stanowi zasoby własne, a co za tym idzie, koszty związane z jego użyciem zostały maksymalnie ograniczone. Okoliczność ta wyklucza, jak zauważył wykonawca PBWI, konieczność zakupu, najmu, użyczenia maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia. Wykonawca ten podał też, że w kalkulacji ceny uwzględniono wzrost cen paliwa w wysokości ok. 10% w okresie realizacji inwestycji. Jak oświadczył wykonawca PBWI, posiada on długoletnie porozumienia z firmami transportowymi, a ceny sprzętu transportowego zostały indywidualnie wynegocjowane, są atrakcyjne ekonomicznie i gwarantują terminowy transport w zaoferowanej w kosztorysie cenie. Wykonawca PBWI wskazał ponadto, że dokonał wizji lokalnej zapoznając się z warunkami terenowymi realizacji robót. Wykonawca PBWI podał również, że współpracuje z podwykonawcami Hydro-Partner Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Hydrotechnicznych WODA Sp. z o.o., którzy wycenili zakres swoich robót w oparciu o obowiązujące ceny i standardy występujące w budownictwie. Wykonawca PBWI dołączył do wyjaśnień kosztorys ofertowy opracowany zgodnie z Przedmiarem robót załączonym przez Zamawiającego do Specyfikacji. Wykonawca PBWI załączył także kosztorys ofertowy

podwykonawcy, tabelę elementów scalonych, a także oferty wskazujące na koszty poszczególnych elementów zamówienia.

W dniu 21 stycznia 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PBWI do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający poinformował, że w kosztorysie ofertowym złożonym przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami stwierdził brak w poszczególnych pozycjach kosztów związanych np. z pracą sprzętu, materiałów czy robocizny. Wątpliwości Zamawiającego budziły pozycje kosztorysu ofertowego dotyczące robót ziemnych przy budowie pompowni. Zamawiający wskazał, że w pozycjach KNR 9-06 0101-09, KNR 9-06 0102-09 wbijanie i wyciąganie ścianek szczelnych stalowych nie wliczono kosztu sprzętu, natomiast w pozycji KNR 1 0605-03 dotyczącej igłofiltrów podano kwotę za ich ilość, a nie policzono robocizny, sprzętu i materiałów tak, jak narzuca katalog nakładów rzeczowych. Zamawiający zwrócił się o złożenie dodatkowych wyjaśnień w ww. zakresie.

Pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. wykonawca PBWI wskazał, że w pozycjach

kosztorysu dotyczących robót ziemnych uwzględniono nakłady robocizny i sprzętu zgodnie z nakładami KNNR i KNR (załącznik nr 1 do poprzednich wyjaśnień). Pozycje KNR 9-06 0101-09 analogia, KNR 9-06 0100-09 analogia, tj. wbijanie i wyciąganie ścianek szczelnych stalowych skalkulowano w oparciu o analogiczne nakłady, ofertę ArcelorMittal Poland S.A. na wynajem grodzic oraz w oparciu o wieloletnie doświadczenie Spółki jako wykonawcy tych robót. Wykonawca PBWI wskazał, że zgodnie z zapisami w Projekcie Budowlano-Wykonawczym dla ww. zamierzenia budowlanego, dobór sprzętu i metody pogrążania ma być oparty na doświadczeniu wykonawcy. W związku z tym wykonawca wyjaśnił, że zatrudnia pracowników posiadających długoletnie doświadczenie w wykonywaniu stalowych ścianek szczelnych. PBWI zaznaczył też, że posiada własny sprzęt do pogrążania grodzic, co powoduje obniżenie kosztów i nakładów zastosowanego sprzętu. Jak zauważył PBWI, kolejnym aspektem poruszonym w zaleceniach projektowych jest technologia odwodnienia wykopów. Zgodnie z zapisami w projekcie szczegółowa technologia odwodnienia zostanie opracowana przez wykonawcę i będzie dostosowana do warunków gruntowo-wodnych panujących w czasie wykonywania robót. Ponieważ projektant nie sugeruje metody odwodnienia, wykonawca oparł sposób i wycenę na wieloletnim doświadczeniu. Wykonawca PBWI potwierdził wykonanie odwodnienia w zaoferowanej cenie. Wyjaśnił, że została ona skalkulowana w oparciu o załączoną ofertę cenową firmy M. z uwzględnieniem dodatkowej kwoty w wysokości 7,5 tys. zł na roboty nieprzewidziane. Do ww. wyjaśnień wykonawca PBWI dołączył ofertę Firmy Budowlanej M. Sp. j. oraz ofertę ArcelorMittal Poland S.A.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez PBWI należy uznać za wystarczające, w szczególności w świetle treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Wykonawca PBWI, pomimo braku określenia przez Zamawiającego elementów wymagających odniesienia się, nie tylko złożył wyjaśnienia, ale dołożył należytej staranności przedstawiając Zamawiającemu sposób kalkulacji ceny i założenia przyjęte do jej obliczenia w załączonym do wyjaśnień kosztorysie sporządzonym na podstawie Przedmiaru Robót stanowiącym załącznik do Specyfikacji. Nie był to zatem kosztorys sporządzony w sposób, ogólny, wybiórczy, według uznania wykonawcy - PBWI, mimo braku wymagań ze strony Zamawiającego, sporządzając kosztorys oparł się na Przedmiarze. Ponadto, wykonawca PBWI dołączył do wyjaśnień także oferty innych podmiotów, na których budował oferowaną cenę. Na ponowne wezwanie Zamawiającego, tym razem skonkretyzowane, wykonawca PBWI ponownie udzielił wyjaśnień popartych dowodami. W ocenie Izby, tak złożone wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za lakoniczne, ogólne, nie wykazujące realności zaoferowanej ceny.

Izba miała także na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jaki przyjął

22

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest przepis art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (sygn. akt II CRN 913/97).

Konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbić na

ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Izba stoi na stanowisku, że skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, to wyliczenia i kwoty podawane przez wykonawcę w toku wyjaśnień stanowią jedynie materiał pomocniczy i informacyjny, a pewne nieścisłości nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe, nie mają tak dużego znaczenia, jak przy

wynagrodzeniu kosztorysowym (podobnie KIO w wyroku z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 654/12). Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (podobnie KIO w wyroku z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1609/11). Izba miała na względzie stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie, który w wyroku z dnia 24 czerwca 2019 r. stwierdził, że „w utrwalonym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy) (...) Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego (...) Pokreślić należy, że wykonawca nie ma obowiązku aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć w innej zbliżonej pozycji opisu (...)”

(sygn. akt II Ca 928/19).

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez PBWI nie mogą budzić wątpliwości, w szczególności zważywszy na ich kompleksowy charakter, poparty odpowiednimi dowodami. Wyjaśnienia te pozostają spójne i weryfikowalne. Wątpliwości zgłaszane przez Odwołującego zarówno w odwołaniu, jak też w piśmie procesowym z dnia 8 czerwca 2020 r. nie mogą się ostać w świetle ww. okoliczności, tj. ogólnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, szczegółowych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PBWI wraz z dowodami, a także ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. O nieprawidłowości czynności Zamawiającego nie mogą też stanowić dowody załączone przez Odwołującego do pisma z dnia 8 czerwca 2020 r., jako że w znaczącej mierze opierają się one na wyliczeniach dokonanych przez Odwołującego, bez uwzględnienia indywidualnej sytuacji wykonawcy PBWI.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego odnośnie niedopuszczalności powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście wskazać należy, iż żaden z przepisów ustawy Pzp nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do realności zaoferowanej ceny oferty. W takiej sytuacji wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp fundament systemu zamówień publicznych, stąd też w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu (por. wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO 572/14). Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o dalsze wyjaśnienia w zakresie kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce przede wszystkim w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wezwanie miało charakter ogólny, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, jednak z wyjaśnień tych jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, bądź niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób doprecyzowane przez

24

wykonawcę i mogą budzić wątpliwości zamawiającego (wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r.,

sygn. akt KIO 466/17, wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17). W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, wobec ogólnej treści pierwotnego wezwania i szczegółowych, popartych dowodami wyjaśnień złożonych przez PBWI, ponowne wezwanie mające na celu uszczegółowienie informacji podanych przez wykonawcę, było w pełni uprawnione.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła uchybień w czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania, a co za tym idzie, nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na skutek powyższego, nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :