

Sygn. akt: KIO 1257/21

WYROK
z dnia 25 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę: **Apis Polska**

Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Zakopane**
orzeka:

2. Oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1257/21

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Zakopane (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie na wykonanie i wyposażenie placów rekreacji zewnętrznej na terenie Górnej Równi Krupowej w Zakopanem, znak sprawy: BZP.271.5.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lutego 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00009674/01.

W dniu 20 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Solid-Bruk B. M. z siedzibą w Bukowinie Tatrzańskiej (dalej „Solid-Bruk”).

W dniu 26 kwietnia 2021 r. wykonawca: **Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą**

w Jarosławiu (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Solid-Bruk pomimo, że podlega ona odrzuceniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień istotnych części składowych oferty Solid-Bruk, które są rażąco niskie w związku z zaferowaniem przez Solid-Bruk rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych oraz uznanie, że w/w ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) i nie wydają się rażąco niskie;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Solid-Bruk została sporządzona zgodnie z wymogami zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości składowe oferty wykonawcy Solid-Bruk budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i są rażąco niskie oraz poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca Solid-Bruk wykazał, że zaferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską i przez to błędne nieodrzućenie oferty wykonawcy Solid-Bruk;
3. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Solid-Bruk mimo, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu łącznej ilości chodników, kieszeni na ławki, wraz z podbudowami i obrzeżami ujętej w ofercie podstawowej i dodatkowej firmy Solid-Bruk, w pozycjach TER 1.2, 2.2 i 3.2 w ilości zaledwie 34,13 m² co jest ilością błędną, niewystarczającą do wykonania zadania i sprzeczną z dokumentacją projektową;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Solid-Bruk w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z SWZ;
5. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i niewypełnienie wymagań wskazanego przepisu, tj. brak wymaganego prawem uzasadnienia faktycznego, przyczyn w oparciu, o które zamawiający uznał, że oferta złożona przez Solid-Bruk nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu;
6. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia w/w oferty złożonej jako oferta stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji; a w konsekwencji;
7. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności z dnia 20 kwietnia 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty Solid-Bruk jako najkorzystniejszej; podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Solid-Bruk; powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Izby w zakresie żądań podanych powyżej; wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców w postępowaniu oraz poinformowanie wykonawców o czynnościach, o których mowa w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący argumentował, że po przeanalizowaniu treści ofert Solid-Bruk doszedł do wniosku, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu przez zamawiającego, ponieważ szereg robót wycenionych w ofercie zawiera rażąco niskie ceny, za które wykonanie zamówienia jest nierealne, a także nie obejmuje ona wyceny wszystkich prac. W związku z tym skierował do zamawiającego pismo, w którym wskazywał na nieprawidłowości i domagał się odrzucenia oferty Solid-Bruk, wskazując na podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty. Pomimo tego, według jego wiedzy, zamawiający nie wzywał wykonawcy Solid-Bruk do wyjaśnienia treści oferty w kontekście rażąco niskiej ceny mimo, że miał taki obowiązek.

Odwołujący wskazał, że pierwotna oferta Solid-Bruk opiewała na kwotę 1.357.350,04 zł. brutto. Po przeprowadzonych negocjacjach wykonawca ten złożył kolejną ofertę dodatkową na kwotę 1.118.123,99 zł., a zatem obniżył cenę aż o 239.226,05 zł. brutto, tj. o 17,6 % w stosunku do oferty podstawowej. Już tylko ta okoliczność winna wpłynąć na podjęcie przez zamawiającego decyzji co do konieczności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zwłaszcza wobec kalkulacji zamawiającego, który na zrealizowanie prac przeznaczył kwotę 1.330.000,00 zł.

Dalej odwołujący zauważył, że do oferty Solid-Bruk załączył Tabelę Elementów Rozliczeniowych (dalej „TER”), przedstawiającą kalkulację zakresów robót w oparciu o SWZ, w tym dokumentację projektową. Odwołujący dokonał gruntownej analizy TER i doszedł

do wniosku, że Solid-Bruk popełnił liczne błędy w przygotowanej kalkulacji oznaczające,

że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i za taką cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem i wymogami SWZ, z następujących przyczyn:

1) Łączna ilość chodników, kieszeni na ławki, wraz z podbudowaniem i obrzeżami, ujęta

w ofercie podstawowej i dodatkowej Solid-Bruk, w pozycjach TER 1.2, 2.2 i 3.2 wynosi zaledwie 34,13 m² i jest ilością błędną. Zgodnie bowiem z zamiennym projektem wykonawczym - rys. 2 (zał. 3) łączna powierzchnia użytkowa chodników i kieszeni na ławki, którą zgodnie z projektem ma zrealizować wykonawca wynosi około 265,73 m². Ilość robót w celu wykonania w/w zakresu prac jest w ofercie Solid-Bruk rażąco niedoszacowana, a tym samym oferta ta nie obejmuje całego zakresu robót zgodnie

z przedmiotem zamówienia, co czyni ją sprzeczną z SWZ. Gdyby jednak przyjąć,

że w swojej ofercie wykonawca Solid-Bruk wycenił wykonanie 265,73 m² chodników, kieszeni na ławki wraz z podbudowaniami i obrzeżami to należy stwierdzić, że cena zaproponowana w TER jest rażąco niska i za podaną w ofercie łączną kwotę poz. 1.2, 2.2 i 3.2, tj. 8 532,00 zł. nikt nie jest w stanie wykonać w/w zakresu prac.

2) Cena jednostkowa dla wykonania nawierzchni trawiastej z kratownic elastycznych wraz

z warstwą podbudowy w ofercie dodatkowej Solid-Bruk, w pozycjach TER 1.3 i 3.3 wynosi 135,00 zł./ m² brutto i jest ceną rażąco niską ponieważ nie pokrywa nawet kosztów zakupu podstawowych materiałów, a w konsekwencji kosztów prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zasadniczym elementem wykonania tych nawierzchni, zgodnie z dokumentacją przetargową, są kratownice FLEXI-STEP grubości 45 i 65 mm, wykonane z granulatu SBR w kolorze zielonym. Ceny rynkowe tych kratownic wynoszą odpowiednio: FLEXI-STEP 45 mm: 183,00 zł/m² netto, FLEXI-STEP 60 mm: 252,00 zł/m² netto. Co za tym idzie, cena jednostkowa w ofercie firmy Solid-Bruk w pozycjach TER 1.3 i 3.3 nie pokrywa nawet kosztów zakupu podstawowego materiału do wykonania tej nawierzchni zgodnie z dokumentacją projektową, a tym samym nie obejmuje rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena zaproponowana przez wykonawcę Solid-Bruk jest więc ceną dumpingową i rażąco niską. Odwołujący kontaktował się z wieloma dostawcami, i najtańsze wyroby - kratownice oferuje INTER SYSTEM S.C., której ofertę odwołujący przedłożył jako dowód w sprawie.

3) Łączna wartość robót w zakresie oświetlenia ścieżek rowerowych i chodników, ujęta

w ofercie podstawowej i dodatkowej Solid-Bruk, w pozycjach TER 1.8, 2.8 i 3.8 wynosi 67 660,00 zł. brutto. W rzeczywistości jest to cena rażąco niska zwłaszcza, że nie pokrywa nawet kosztów zakupu podstawowych materiałów. Odwołujący wskazał, że zasadniczym zakresem tych prac jest zakup i montaż 13 sztuk latarni, analogicznych jak już istniejące latarnie w pozostałej części Górnej Równi Krupowej. Latarnie te składają się z postumentu kamiennego, słupa i oprawy. Odwołujący rozpoznał rynek i doszedł do przekonania, że ceny komponentów w najniższych cenach kształtują się następująco: (a) postument - ok. 1500,00 zł sztuka x 13 sztuk = 19.500,00 zł netto, (b) słup - ok. 700,00 zł sztuka x 13 sztuk = 9.100,00 zł netto, (c) oprawa - ok. 2.950,00 zł sztuka x 13 sztuk = 38.350,00 zł netto. Tym samym łączny koszt dla 13 latarni wynosi co najmniej 66.950,00 zł netto, 82.348,50 zł brutto. Zatem wartość robót w ofercie Solid-Bruk w pozycjach TER 1.8, 2.8 i 3.8 nie pokrywa kosztów zakupu podstawowego materiału do wykonania instalacji oświetlenia zgodnie z dokumentacją projektową, a co za tym idzie, nie obejmuje rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. Za zaproponowaną cenę Solid-Bruk nie jest w stanie wykonać 13 lamp, a gdyby przyjąć, że wskazana cena obejmuje wykonanie, montaż i zainstalowanie wszystkich 13 lamp to należy wskazać, że podana cena jest rażąco niska.

4) Cena jednostkowa dla wykonania koszy na odpady i ławek parkowych w ofercie podstawowej i dodatkowej Solid-Bruk, w pozycjach TER 1.7, 2.7 i 3.7 wynosi 1.200,00 zł. brutto za sztukę. Zdaniem odwołującego, jest to cena rażąco niska, ponieważ nie pokrywa kosztów zakupu podstawowych materiałów, a w konsekwencji kosztów prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący będący od wielu lat doświadczonym producentem małej architektury miejskiej zwraca uwagę, że zasadniczymi elementami ławek i koszy ujętych w dokumentacji projektowej są elementy granitowe, których ceny rynkowe kształtują się odpowiednio: (a) postument ławki - około 1.500,00 zł /komplet/ ławkę netto, (b) elementy koszy - około 800,00 zł /komplet/ kosz netto. Łącznie średnia cena jednostkowa wynosi około 1.150,00 zł. komplet netto, około 1.414,50 zł. komplet brutto. Co za tym idzie, cena jednostkowa zaproponowana w ofercie Solid-Bruk w pozycjach TER 1.7, 2.7 i 3.7 nie pokrywa kosztów zakupu zasadniczego materiału do wykonania koszy i ławek zgodnie z dokumentacją projektową, a tym samym nie obejmuje rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia.

5) Odwołujący jest doświadczonym producentem urządzeń siłowni zewnętrznych i w jego opinii wartość wyposażenia siłowni zewnętrznej - urządzenia w ofercie podstawowej i dodatkowej firmy Solid-Bruk, w pozycji TER 2.6 wynosząca 25.400,00 zł. brutto jest wartością rażąco niską w stosunku do cen rynkowych i nie zapewnia możliwości zakupu urządzeń spełniających wymogi przedmiotu zamówienia.

6) Łączna wartość robót przygotowawczych, ziemnych i rozbiórkowych, wywiezienia

i utylizacji materiału, ujęta w ofercie dodatkowej Solid-Bruk w pozycjach TER 1.1, 2.1, 3.1 wynosi 3.000,00 zł. brutto. W ofercie podstawowej, zakres tych robót został wyceniony przez Solid-Bruk na łączną wartość 38.430,00 zł. brutto.

Dokumentacja projektowa, w tym przedmiar robót, w jasny sposób opisują zakres robót do wykonania w ramach przedmiotowych prac przygotowawczych, ziemnych i rozbiórkowych, i kwota 3.000,00 zł. brutto nie pokrywa kosztów nawet ułamka tych prac, co oznacza, że cena wskazana przez Solid-Bruk jest rażąco niska, i nie obejmuje w swym zakresie wykonania robót przygotowawczych, ziemnych i rozbiórkowych, wywiezienia i utylizacji materiału zgodnie z projektem, a tym samym jako sprzeczna z SWZ.

Odwołujący przywołał treść §1 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. 2004 nr 130, poz. 1389) w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, na etapie sporządzania kosztorysu inwestorskiego (zwane „Rozporządzeniem”) i zauważył, że zamawiający musi stosować regulacje zawarte we wskazanym akcie prawnym. Zamawiający konstruując załączniki do SWZ, posługuje się siatką pojęciową zaczerpniętą z Rozporządzenia, co skutkuje koniecznością przygotowania ofert zgodnie z przepisami. Również wykonawcy posługują się definicjami wskazanymi w Rozporządzeniu, gdyż w swoich ofertach nie przedstawiają odmiennych definicji używanych terminów. Takie rozwiązanie ma zagwarantować, że oferty sporządzane przez potencjalnych wykonawców będą skalkulowane na tych samych zasadach, a w konsekwencji będą dla zamawiającego porównywalne oraz pozwolą ocenić czy prawidłowo oszacował wartość zamówienia.

Odwołujący zauważył, że w przypadku powzięcia informacji o czynnikach cenotwórczych, które budzą wątpliwości co do rzetelności oraz prawdziwości informacji w ofercie wykonawcy Solid- Bruk, zamawiający miał obowiązek zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie stosownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę treść oferty Solid-Bruk nie ulega wątpliwości że zawiera ona rażąco niską cenę, a wynika to z faktu, że wskazane ceny jednostkowe nie funkcjonują na rynku i nie ma możliwości, żeby wykonać dane prace w cenach przez niego zaproponowanych.

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z treści art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Z przepisu tego wprost wynika, że chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Zatem w sytuacji, w której cena zaoferowana przez Solid-Bruk faktycznie w sposób znaczący odbiegała od szacunkowej wartości zamówienia ustalanej przez zamawiającego, istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena ta jest rażąco niska.

Uzasadnione wątpliwości odwołującego budzi możliwość i realność zweryfikowania oferty Solid-Bruk przez zamawiającego, a to leżało w zakresie jego obowiązków. Odwołujący przypomniał, że w niniejszym postępowaniu to nie odwołujący ma obowiązek wykazywać, że cena oferty Solid-Bruk jest ceną rażąco niską, to zamawiający winien badać ofertę pod względem jej rzetelności, prawdziwości i okoliczności czy obejmuje ona całość przedmiotu zamówienia i zawiera cenę realną, rynkową oraz zapewniającą zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez wykonawcę. Wbrew temu, w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty mimo, iż zawierała ona w poszczególnych pozycjach ceny rażąco niskie, w której to wartości nie da się wykonać zamówienia zgodnie z SWZ, a to stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem biorąc pod uwagę, że zamawiający według wiedzy odwołującego nie wezwał Solid-Bruk do wyjaśnień oferty jako zawierającej rażąco niską cenę uznając, że ceny zaoferowane przez Solid-Bruk nie budzą wątpliwości, zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest uzasadniony. Nieodrzućenie oferty Solid-Bruk jako oferty zawierającej rażąco niską cenę części składowej oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący na marginesie wskazał także, że omawiane pojęcie istotnej części składowej odnosić należy do ceny oferty, a nie samego przedmiotu zamówienia. Mamy tu więc do czynienia z obowiązkiem badania istotności składnika cenowego, a nie rzeczowego. Istotna będzie zatem taka część składowa oferty, która w znacznym stopniu wpływa na koszty ponoszone przez wykonawcę. Badanie ceny zaoferowanej w określonej pozycji nie służy samemu w sobie badaniu ceny danego składnika, lecz zmierza bezpośrednio do wyjaśnienia ceny oferty. Skoro bowiem przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek badania, czy istotne części składowe oferty nie są rażąco niskie, to obowiązek ten został nałożony w konkretnym celu, którym właśnie jest zbadanie ceny całej oferty. Przy czym braki jakie wskazuje odwołujący w ofercie Solid-Bruk są to elementy istotne, stanowiące przeszło 35% ogólnego zakresu prac, co więcej dotyczą one zasadniczego zakresu robót.

Co istotne zdaniem odwołującego, gdyby Solid-Bruk zawarł w swojej ofercie prawidłowe wartości i zakresy koniecznych do wykonania prac oraz odpowiednią realną cenę wszystkich pozycji z projektu (nawet przy sprostowaniu tych pozycji przez zamawiającego)

to jego oferta przewyższałaby wartość oferty odwołującego i skutkowałaby wyborem jego oferty. Dla przykładu podał kalkulację z uwzględnieniem jedynie prawidłowych ilości chodników i cen zakupu kratownic do wykonania nawierzchni bezpiecznych w podsumowaniu wskazując, że łącznie różnica na ww. zakresie wynosi aż 206 629,17 zł. brutto. Zatem uwzględniając jedynie ujęcie w ofercie Solid-Bruk prawidłowej ilości chodników do wykonania oraz zakupu podstawowego materiału do wykonania nawierzchni z kratownic elastycznych, wartość oferty Solid-Bruk byłaby wyższa o tą kwotę, a jednocześnie przewyższyła ofertę odwołującego o kwotę 99 567,59 zł. brutto i tym samym przestałaby być ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu przetargowym.

Jak wskazano w uzasadnieniu, z treści oferty oraz TER wynika, że wykonawca Solid-Bruk wycenił, a co za tym zamierza wykonać mniejszy zakres robót niż ten wskazany w SWZ i dokumentacji projektowej zadania. Wobec powyższego taka oferta powinna zostać uznana za niezgodną z SWZ i powinna zostać przez zamawiającego odrzućona. Brak odrzućenia oferty wskutek jej niezgodności z SWZ stanowił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył także art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Solid-Bruk w swojej ofercie zaoferował ceny dumpingowe, niemożliwe do wynegocjowania w normalnych stosunkach gospodarczych. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 w/w ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zastosowanie w ofercie Solid-Bruk cen rażąco niskich co do istotnych elementów zamówienia, niewystarczających nawet na zakup materiałów niezbędnych do realizacji poszczególnych części zadania wypełnia przesłankę zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować uwzględnieniem niniejszego odwołania.

Dalej odwołujący przywołał przepis art. 253 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Wykonawca ma więc prawo posiadania

pełnej wiedzy

o przesłankach, którymi kierował się zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia. Zamawiający w tym postępowaniu w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego uznał, że oferty złożone przez Solid-Bruk nie zawierają ceny rażąco niskiej. Powyższe, zdaniem odwołującego, uzasadnia sformułowanie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp, w dniu 17 czerwca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SWZ, treścią oferty Solid-Bruk złożonej w postępowaniu, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał czynności do których był zobowiązany, polegających na odrzuceniu oferty Solid-Bruk pomimo, że zaistniały do tego przesłanki opisane w treści przepisów przywoływanych w niniejszym odwołaniu. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i odrzucił ofertę złożoną przez tego wykonawcę, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego odwołujący utracił więc możliwość prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcia zysku ekonomicznego z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba, mając na uwadze charakter ceny przyjętej przez zamawiającego w tym postępowaniu - wynagrodzenie ryczałtowe, uznała dowody przedłożone przez odwołującego i załączone do odwołania, jak też dowód wnioskowany przez zamawiającego, złożony na rozprawie, za nieprzydatne do jej rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w Rozdziale III SWZ zamawiający przewidział, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone będzie w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji treści ofert w celu ich ulepszenia, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

Z kolei przedmiot zamówienia został opisany w Rozdziale V. W ust. 1 przewidziano, że przedmiotem umowy jest wykonanie na terenie Górnej Równi Krupowej, wpisanym do rejestru zabytków województwa małopolskiego rozpoczętych robót budowlanych, zgodnie z wydanym pozwoleniem Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków oraz decyzjami Starosty Tatrzańskiego o pozwoleniu na budowę oraz o zmianie pozwolenia

na budowę, obejmujących: budowę placu zabaw, siłowni zewnętrznej, placu treningu ulicznego workout-street, remont i przebudowę ciągów pieszych, rozbudowę ciągów pieszych, montaż ławek, koszy na śmieci, lamp parkowych, tablic informacyjnych, rozbudowę oświetlenia, sieci monitoringu, przebudowę kanalizacji deszczowej, w zakresie umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego pozwolenia na użytkowanie (lub dokonanie skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót) oraz eksploatację obiektów zgodnie z przeznaczeniem, w ramach realizacji zadania inw. nr 2017/17 „Rewitalizacja terenu Górnej Równi Krupowej” w Zakopanem. Zamawiający, w kolejnych ustępach, opisał szczegółowo zakres prac wchodzących w zakres zamówienia.

Z kolei w Rozdziale XXI SWZ, zamawiający wymienił jakie dokumenty wykonawca będzie zobowiązany złożyć wraz z ofertą. Wśród nich wskazał „Wycenione zestawienie asortymentu robót”, zawierając w tym zakresie następującą uwagę: Zestawienie asortymentu robót służy jedynie pomocniczo do sporządzenia oferty, a wypełnione przez oferenta będzie załącznikiem do umowy o nazwie: tabela elementów rozliczeniowych i będzie służyło do wycenienia zmniejszeń w przypadku niewykonania całego przedmiotu umowy. Do dokumentacji powykonawczej wykonawca dołączy wycenioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych z przedstawieniem ilości robót (długości, powierzchni, objętości, sztuki, komplety, itp.) wykonanych robót budowlanych oraz dostarczonych i wbudowanych urządzeń. Podane w Przedmiarze robót szczegółowe ilości robót budowlanych stanowią materiał poglądowy, który powinien zostać zweryfikowany przez wykonawcę i po odpowiednim zagregowaniu podany w postaci wypełnienia Tabeli Elementów Rozliczeniowych dołączanej do oferty. Zamawiający będzie żądał od wykonawcy wykonania kompletnych, zdatnych do użytkowania i pełnienia swojej zaprojektowanej funkcji przeznaczenia elementów wymienionych w TER.

Izba ustaliła również, że w zakresie dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty, stosowne regulacje zawarto w Rozdziale XXVIII SWZ. Zgodnie z nim wykonawca miał podać cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. W dalszej części wskazano, że cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie

z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Wykonawca ma do oferty załączyć wycenioną w oparciu o przedstawione składniki cenotwórcze - Tabelę Elementów Rozliczeniowych wypełniając wzór dołączony do SWZ. Suma wartości robót wykazana w tabeli musi odpowiadać cenie oferty. Wypełniona tabela będzie załącznikiem do umowy i będzie służyła do wyliczenia zmniejszeń w przypadku niewykonania całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że podane w Przedmiarze robót szczegółowe ilości robót budowlanych stanowią materiał poglądowy, który powinien zostać zweryfikowany przez wykonawcę i po odpowiednim zagregowaniu podany w postaci wypełnienia Tabeli Elementów Rozliczeniowych dołączanej do oferty. Zamawiający będzie żądał od wykonawcy wykonania kompletnych, zdalnych do użytkowania i pełnienia swojej zaprojektowanej funkcji przeznaczenia elementów wymienionych w TER.

Dalej Izba ustaliła, że w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ zamawiający w §20 przewidział i opisał, że wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Jednocześnie wskazał, że skutki niedoszacowania wartości przedmiotu umowy obciążą będą wykonawcę (ust. 10, 11, 13 i 14). Z kolei TER, którą wykonawca załączył do swojej oferty, co wynika z ustępu 15 tego paragrafu, służyć miała obliczeniu wynagrodzenia należnemu wykonawcy w przypadku, gdy pewien zakres robót wynikający z TER nie zostanie wykonany.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w sprostowaniu poinformował, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.330.000,00 zł. brutto. Najkorzystniejszą cenowo ofertą była oferta odwołującego wynosząca 1.275.304,49 zł. brutto, z kolei oferta Solid-Bruk opiewała na kwotę 1.357.350,04 zł. brutto. Po przeprowadzonych negocjacjach, wykonawcy złożyli oferty dodatkowe. W dniu 8 kwietnia 2021 r. zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Najkorzystniejszą ofertę złożył Solid-Bruk, opiewającą na kwotę 1.118.123,99 zł., druga w kolejności była oferta odwołującego w kwocie 1.225.185,57 zł.

Izba mając na uwadze powyższe ustalenia i zakres zarzutów podnoszonych przez odwołującego uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Solid-Bruk. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Dostrzec także należy, że zamawiający zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Przywołać należy w tym miejscu przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości 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. Przepis art. 224 ust. 6 nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Co istotne w niniejszej sprawie, zamawiający nie skierował do Solid-Bruk wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez niego ceny, a zatem już tylko z tych powodów zarzuty powyższe są niezasadne. Dopiero ocena wyjaśnień, lub też ich brak mogłyby bowiem doprowadzić do wniosku, że oferta Solid-Bruk podlega odrzuceniu na podstawie powyższych regulacji.

W ocenie Izby nie znajdują również potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Mając bowiem na uwadze zapisy zawarte w dokumentacji przetargowej, w szczególności przywołane regulacje SWZ i wzoru umowy, kluczowe dla oceny w zakresie czy zamawiający miał obowiązek wezwać Solid-Bruk do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanych cen jednostkowych było ustalenie jaka była rola i znaczenie dokumentu TER

w tym postępowaniu. Z jego treści odwołujący wyciągał bowiem wnioski, dotyczące zarówno zakresu prac deklarowanych do wykonania przez Solid-Bruk, jak też cen składowych za wykonanie poszczególnych rodzajów/ grup robót. Izba uznała, że zarówno z treści SWZ, jak też wzoru umowy wynika jednoznacznie, że dokument TER, jakkolwiek składany wraz

z ofertą, miał wyłącznie charakter pomocniczy. Zamawiający w TER podzielił wprawdzie zakres zamówienia, wyspecyfikował pewne grupy robót koniecznych do wykonania, jednak nie wskazał szczegółowo w tym dokumencie ani ilości prac, które musi wykonawca ująć obliczając ceny jednostkowe, ani też w SWZ nie zamieścił żadnych postanowień regulujących kwestię podziału całkowitej kwoty wynagrodzenia na poszczególne części składowe, a także innych ograniczeń podziału odnoszących się do całkowitej kwoty wynagrodzenia. Innymi słowy, zamawiający nie wskazał innego, szczegółowego sposobu obliczenia ceny, niż podanie łącznej ceny ryczałtowej w formularzu oferty (z kolei Formularz oferty przewidywał podanie wyłącznie łącznej ceny ryczałtowej za realizację zamówienia). Dokument TER będzie miał zatem tylko znaczenie w przypadkach, opisywanych w przywołanych zapisach SWZ oraz w §20 wzoru umowy, a więc w sytuacji gdy nie zostanie zrealizowany pewien zakres prac w nim ujęty. Wówczas zamawiający posłuży się TER do wyliczenia zmniejszeń, wynikających z niezrealizowania całego zakresu robót.

Izba stwierdziła, że Solid-Bruk w sposób prawidłowy określił łączną cenę oferty w Formularzu ofertowym. Z kolei zaprezentowany przez niego w dokumencie TER sposób obliczenia poszczególnych cen jednostkowych jest irrelevantny w kontekście oceny zarówno zakresu robót przyjętych przez danego wykonawcę w poszczególnych pozycjach (zakres określono bowiem w dokumentacji projektowej), jak też przyjętych cen jednostkowych (zamawiający nie opisał bowiem jaki zakres w danej pozycji ujął).

Izba zgadza się z zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że okoliczność, że zastosował w tym zamówieniu rozliczenie ryczałtowe zwalnia go z obowiązku analizowania poszczególnych elementów TER. W tym przypadku bowiem, zamawiający bada wyłącznie,

czy cena podana przez wykonawcę odpowiada jego szacunkowi, ale w tym przypadku będzie to wynagrodzenie ujęte jako całość. Sytuacja mogłaby być inna wyłącznie w przypadku, jeżeli zamawiający zawarłby w warunkach przetargu jakiegokolwiek regulacje ograniczające naliczenia kosztów, czy też marż lub zysku w sytuacji zamiaru płacenia za wyodrębnione części zamówienia, do tych właśnie części. Z takim przypadkiem nie mamy jednak do czynienia.

W konsekwencji, skoro zamawiający nie zawarł w SWZ jakichkolwiek regulacji co do relacji w zakresie podziału wynagrodzenia na poszczególne, wyodrębnione w poszczególnych pozycjach TER, grupy robót lub też jakichkolwiek innych ograniczeń co do podziału kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, to zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Solid-Bruk nie znajduje potwierdzenia. Odwołujący kwestionował bowiem poszczególne ceny jednostkowe, przypisując do nich zakresy zamówienia, które nie zostały w SWZ precyzyjnie opisane. Nie wiadomo zatem w jaki sposób Solid-Bruk kalkulował ceny w danych pozycjach, jaki zakres w nich przewidział a w konsekwencji jak obliczał poszczególne ceny, składające się na zakres zamówienia. Fakt, że odwołujący czynił to w określony sposób nie oznacza, że taką samą metodologię przyjął Solid-Bruk w swojej ofercie.

Nie potwierdził się w ocenie Izby również zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający wypełnił wszystkie obowiązki określone w treści tego przepisu, przesyłając wykonawcom w dniu 20 kwietnia 2021 r. pismo zatytułowane „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Zamawiający poinformował równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę, siedzibę wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy, siedziby, wykonawców, którzy złożyli oferty; o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert; o łącznej punktacji; o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając zarówno uzasadnienie faktyczne, jak też prawne swojej decyzji. Zamawiający udostępnił również niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 4 pkt 1-3, na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Nie można zgodzić się z zarzutami odwołującego, że obowiązkiem zamawiającego było, co wynika z treści odwołania, podanie uzasadnienia faktycznego w zakresie przyczyn w oparciu o które uznał, że oferta złożona przez Solid-Bruk nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powyższe nie mieści się bowiem w zakresie przywołanej regulacji, stąd żądanie odwołującego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach.

Nie sposób również stwierdzić, że prowadząc postępowanie zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Nie sposób w szczególności uznać,

co zarzucił odwołujący, że zamawiający prowadził negocjacje w tym postępowaniu pomimo, że oferta złożona przez odwołującego mieściła się w budżecie zamawiającego i powinna zostać wybrana. Formułował zastrzeżenia, że zamawiający prowadził negocjacje

z wykonawcami, w wyniku czego Solid-Bruk zdecydował się na obniżenie cen jednostkowych w wielu pozycjach. W konsekwencji po negocjacjach zaproponowana przez niego cena była aż o 17,6% niższa przy czym zaznaczył, że marża w przypadku tego wykonawcy pozostała bez zmian. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, prowadzenie w tym przypadku negocjacji doprowadziło do znacznego obniżenia ceny oferty, w konsekwencji czego Solid-Bruk zmuszony był zaoferować taką cenę, która odpowiadała zamawiającemu. Odwołujący zaznaczył, iż w systemie negocjacji nie może dochodzić do nadużyć, nie mogą one prowadzić do tego, aby cena za realizację zamówienia została obniżona do takiego poziomu, za który wykonanie zamówienia będzie niemożliwe.

W tym zakresie Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom odwołującego, nie doszło w tym postępowaniu do naruszenia zasad jego prowadzenia. Zamawiający w Rozdziale III SWZ przewidział i poinformował wykonawców, że zgodnie z art. 275 ust. 2 ustawy Pzp, będzie prowadził negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu przedmiotowe negocjacje mogą być prowadzone w zakresie tych elementów, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W tym przypadku jednym z kryteriów oceny była cena, a zatem zamawiający nie wykroczył poza przedmiot i zakres negocjacji treści oferty, dopuszczony przepisami ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał ponadto, że za cenę ryczałtową, którą zaproponował Solid-Bruk w swojej ofercie nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zadania. Z powyższych powodów również ten zarzut należało uznać za niepotwierdzony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie

art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :.....