

Sygn. akt: KIO 1943/21

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2021 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **CELMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu** postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**

przy udziale wykonawcy **CALLA Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów nr 2 i 3 odwołania tj. zarzutów dot. naruszenia przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej przepisów art. 18 ust. 3 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie
 3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego CELMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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.

Sygn. akt: KIO 1943/21

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*TRAKT RUDZKI- zadanie nr 5 (Ogród sensoryczny z fontanną na terenie parku przy ul. Gen. Hallera) i 6 (Park Dworski), realizowane w ramach projektu pn. „Trakt Rudzki - rozwój zielonych przestrzeni Miasta Ruda Śląska” realizowany ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020*”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 28 czerwca 2021 roku wykonawca CELMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu, w zakresie części nr 2 zamówienia – zadanie nr 6, w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji istotnych części składowych ceny wykonawcy Calla Group Sp. z o.o. sp. k (dalej jako: „CALLA”) dla zadania nr 6,
2. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę CALLA.
3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu robót o roboty spełniające warunki udziału w postępowaniu w z zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania;
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty;
4. Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał co następuje:

Zamawiając wszczął przedmiotowe zamówienie w dniu 9 kwietnia 2021 r.. Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

Część nr 1: Zadanie nr 5 - Ogród sensoryczny z fontanną na terenie parku przy ul. Gen. Hallera, oraz

Część nr 2: Zadanie nr 6 - Park Dworski - zadanie nr 6.

O udzielenie zamówienia zarówno dla części nr 1 jak i części nr 2 ubiegało się pięciu wykonawców:

1. CALLA Group sp. z o.o. sp. k.,
2. Garden Designers D i Wspólnicy Sp. j.,
3. CELMAR Spółka z o.o.,
4. SORTED. sp. z o.o.,
5. DROGOMAX Sp. z o.o.

W dniu 23 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 6. Za ofertę najkorzystniejszą została wybrana oferta wykonawcy CALLA. Po zapoznaniu się w dniu 28 czerwca 2021 r. z pełną dokumentacją postępowania odwołujący zarzucił zamawiającemu przy powyższej czynności naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SWZ wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe. Jednocześnie zgodnie z rozdziałem III SWZ *Cena oferty jest ceną ryczałtową podzieloną na branże*. Zgodnie pkt. 3.6 rozdziału XVI SWZ podział na branże zostały opisane w załącznikach 7 (dla części nr 1) i 7a (dla części nr II). Dla części nr II przedmiot zamówienia obejmuje następujące branże: Wykonanie nasadzeń, Wykonanie nawierzchni ścieżek, Wykonanie oświetlenia ścieżek, Wykonanie małej architektury, Tablice pamiątkowe, Roboty

drogowe, Wykonanie monitoringu, Przełożenie istniejącego chodnika 150m².

Odwolujący przedstawił, w postaci tabelarycznej, zestawienie wyceny poszczególnych branż przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że bez wątpienia zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w/w branży traktuje za istotne części składowe ceny o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Świadczył, zdaniem odwołującego, o tym między innymi fakt, że zamawiający wezwał odwołującego oraz wykonawców Garden Designers oraz CALLA na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w zakresie wykonania elementów małej architektury. Odwołujący wskazał, że jednocześnie zamawiający zaniechał wezwania do szczegółowego wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wykonawcy CALLA w branży nawierzchni ścieżek, tablicy pamiątkowej oraz robotach drogowych, gdzie ceny wykonawcy CALLA są odpowiednio niższe o (44%, 83% i 99%) od średnich cen arytmetycznych wszystkich wykonawców. Powyższe działania zamawiającego stanowią naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż również sam wykonawca CALLA w odpowiedziach na wezwanie do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny całkowitej oferty nie przedstawił dokładnej kalkulacji i dowodów które tłumaczyłyby tak niskie ceny dla w/w branż.

Dodatkowo odwołujący nadmienił, że zamawiający z jednej strony nie wzywa wykonawcy CALLA do wyjaśnienia istotnych elementów składowych ceny, które są znacząco niższe od średnich cen innych wykonawców (nawet o 99%), a z drugiej strony wzywa do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w zakresie elementów małej architektury odwołującego, pomimo że odwołujący wycenił te prace najwyżej spośród wszystkich wykonawców. Powyższe, w ocenie odwołującego świadczyło o nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i stanowi naruszenie art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący zauważył, że zamawiający udostępnił odwołującemu załączniki do protokołu z postępowania dopiero na trzeci wniosek (wnioski były składane w dniach 6 czerwca, 24 czerwca oraz 28 czerwca 2021 r.) w dniu 28 czerwca 2021 r. o godzinie 12:10, tj. ostatniego dnia na wniesienie odwołania. W związku z powyższym, odwołujący zastrzegł sobie możliwość rozszerzenia uzasadnienia do przedmiotowego zarzutu w późniejszym czasie.

Ad. zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp

Zamawiający w dniu 21 maja 2021 r. zwrócił się do wykonawcy CALLA z ponownym wnioskiem o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny. Pismem z dnia 21 maja 2021 r. zamawiający zwrócił się z wnioskiem o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień w zakresie wysokości zastosowanej stawki roboczogodziny do kalkulacji ceny. Wykonawca w dniu 25 maja 2021 r. drogą elektroniczną przekazał zamawiającemu następującą wiadomość:

„W odpowiedzi na otrzymane Wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 21.05.2021r. w załączeniu przesyłamy dodatkowe wyjaśnienia wraz z dowodami, w zakresie zastosowania stawki roboczogodziny w zakresie zadania nr 5 oraz w zakresie zadania nr 6.

PS. Prosimy o potraktowanie załączonej dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.”

Odwolujący podał, iż zamawiający na podstawie takiej wiadomości mailowej dokonał utajnienia informacji, odmówił udostępnienia do wglądu odwołującemu załączników do w/w wyjaśnień wykonawcy CALLA. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp do skutecznego zastrzeżenia informacji przez wykonawcę konieczne jest spełnienie wszystkich warunków z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz konieczność wykazania tego przez wykonawcę. Odwołujący ocenił, iż wykonawca CALLA w przedmiotowej wiadomości mailowej w żaden sposób nie wykazał, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał orzeczenie KIO z dnia 25 października 2019 r. sygn. akt: KIO 2033/19i wskazał, iż pomimo, że powyższy wyrok został wydany w poprzednim stanie prawnym, w ocenie odwołującego stanowisko we wskazanym powyżej orzeczeniu pozostaje wciąż aktualne.

Odwolujący zauważył, że Zamawiający udostępnił odwołującemu załączniki do protokołu z postępowania dopiero na trzeci wniosek (wnioski były składane w dniach 6 czerwca, 24 czerwca oraz 28 czerwca 2021 r.) w dniu 28 czerwca 2021 r. o godzinie 12:10, tj. ostatniego dnia na wniesienie odwołania. W związku z powyższym, odwołujący zastrzegł sobie możliwość rozszerzenia uzasadnienia do przedmiotowego zarzutu w późniejszym czasie.

Ad. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający w rozdziale XIX pkt 3.4 dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał, że wykonał:

„a) dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu chodników, ścieżek o wartości łącznej robót nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto

b) jedna robota budowlana polegające na wykonaniu oświetlenia drogowego lub chodników lub parków o wartości łącznej robót nie mniejszej niż: 50 000,00 zł brutto

c) dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu elementów małej architektury lub wykonanie placu zabaw o wartości łącznej robót nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto

d) jedna robota budowlana polegające na wykonaniu monitoringu o wartości nie mniejszej niż: 20 000,00 zł brutto

e) dwie roboty polegające na urządzaniu zieleni wykonane na powierzchni min. 1 ha o wartości łącznej robót nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto. ”

odwołujący podał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku „a”, „c”, „d” i „e” wykonawca CALLA wskazał wykonanie inwestycji „Rewaloryzacja parku miejskiego w Pyskowicach”. Odwołujący stwierdził, że z analizy dokumentów złożonych przez wykonawcę CALLA w innych postępowaniach przetargowych wynika, że wyżej przytoczona inwestycja nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwolujący zauważył, że zamawiający udostępnił odwołującemu załączniki do protokołu z postępowania dopiero na trzeci wniosek (wnioski były składane w dniach 6 czerwca, 24 czerwca oraz 28 czerwca 2021 r.) w dniu 28 czerwca 2021 r. o godzinie 12:10, tj. ostatniego dnia na wniesienie odwołania. W związku z powyższym, odwołujący zastrzegł sobie możliwość rozszerzenia uzasadnienia do przedmiotowego zarzutu w późniejszym czasie.

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2021 r. wniósł, drogą elektroniczną, odpowiedź na odwołanie w której:

1. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, tj. zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji istotnych części składowych ceny Wykonawcy CALLA Group Sp. z o.o. Sp.k. dla zadania nr 6 oraz zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu robót o roboty spełniające warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

2. uwzględnił odwołanie w części dotyczącej nieujawnienia informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez Wykonawcę Calla Group Sp. z o.o. Sp.k.
3. wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w zakresie pkt 1, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 6 sierpnia 2021 r., wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił własną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia oraz złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca CALLA Group Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach (dalej CALLA lub przystępujący). Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego oraz przystępującego, iż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia ze względu na fakt, iż cena jego oferty przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zadania. W ocenie Izby wykonawca, który złożył ofertę z ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zadania) ma również interes w złożeniu odwołania. Jeżeli oferta opiewająca na cenę przewyższająca kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania jest ostateczne i maksymalne. Izba podziela pogląd wyrażany już w orzecznictwie, że do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności czy zamawiający nie podjąłby jednak decyzji o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności. Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy w odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dot. nieujawnienia informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez przystępującego tj. zarzutu nr 2 odwołania dot. naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący w trakcie posiedzenia złożył oświadczenie, iż nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn.zm.) pn. „TRAKT RUDZKI- zadanie nr 5 (Ogród sensoryczny z fontanną na terenie parku przy ul. Gen. Hallera) i 6 (Park Dworski), realizowane w ramach projektu pn. „Trakt Rudzki – rozwój zielonych przestrzeni Miasta Ruda Śląska” realizowany ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020”, znak sprawy: TIR/01/RB/PN/2021Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00030358/01 z dnia 9 kwietnia 2021 r. Odwołanie dot. zadania nr 6 czyli części 2 zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III SWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 2

„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja techniczna, rewizja do projektów (zmieniona trasa traktu przy stadionie sportowym) oraz załączniki do SWZ tj.

- przedmiar robót - załącznik nr 4a dołączony do SIWZ przedmiar robót jest poglądowy i pomocnicze w wyliczeniu ceny ofertowej

- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych - załącznik nr 4b

- dokumentacja projektowa - załącznik nr 4c

Cena oferty jest ceną ryczałtową podzieloną na branże.

Uwaga: Do ceny ofertowej należy doliczyć przełożenia istniejącego chodnika z wykorzystaniem istniejących kostek betonowych w ilości 150 m² w Parku Dworskim, koszt montażu 220 rury peszla FI 100 wraz z wykopem i zasypaniem na terenie MOSIR Ruda Śląska.”

W rozdziale IV SWZ pkt 2 i 3 zamawiający wskazał, że 2. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi oddzielnie dla każdej części zamówienia.

3. Oferta złożona na dane zadanie musi jednakże obejmować cały zakres prac przewidzianych w SWZ dla tego zadania.”

Dalej w Rozdziale X Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał:

„1. Wykonawca podaje cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ.

2. Podana cena ofertowa jest ceną ryczałtową i musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SWZ), załączonych przedmiarów robót pełniących wyłącznie funkcję pomocniczą, specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót oraz dokumentacji projektowej budowlano-wykonawczej. Cena musi zawierać inwentaryzację powykonawczą geodezyjną, nadzory branżowe, koszt zajęcia terenu, organizacja ruchu, dodatkowo w ofercie należy uwzględnić koszt montażu 220 rury peszla FI 100 wraz z wykopem i zasypaniem na terenie MOSIR Ruda Śląska oraz przekładki chodnika w Parku Dworskim z kostek betonowych w ilości 150 m². Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, stanowiących załącznik nr 5 do SWZ.

3. Cenę oferty należy podać w następujący sposób:

- łącznie z należnym podatkiem VAT – cena brutto.”

Rozdział XXVII Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert pkt 6 otrzymał brzmienie:

„Cena oferty stanowi wartość umowy za wykonanie przedmiotu zamówienia w całym zakresie dla zadania, na który złożona zostaje oferta. Wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SWZ, zobowiązany jest w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego oraz pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami wynikającymi z zamówienia.”

Rozdział XVI Opis sposobu przygotowania oferty pkt 3.6 nakazywał aby wraz z ofertą złożyć projektowany załącznik dotyczący podziału na branże - wzór stanowi załącznik nr 7, 7a do SWZ.

Rozdział XXIX Informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pkt 3 ppkt 3) przewidywał, że „Po wyborze najkorzystniejszej oferty, w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia kosztorysu ofertowego sporządzonego w postaci uproszczonej, zgodnie z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SWZ, wskazujący wyliczenie ceny ofertowej podanej w ofercie Wykonawcy.”

Załącznik Nr 5 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia przewidywał m.in. następujące postanowienia:

§ 1 ust. 2 „Przedmiotem umowy są roboty budowlane, które zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją projektową, tj. projektem budowlanym i wykonawczym, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarami robót (przedmiar robót pełni wyłącznie funkcję pomocniczą) będącymi załącznikami do SWZ i stanowiącymi integralną część umowy oraz zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej oraz obowiązującymi przepisami prawa.”

§ 1 ust. 3. Zakres rzeczowy przedmiotu umowy z podziałem na etapy realizacji zawiera załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

§ 13.

1. Za wykonanie całości przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe przewidziane w art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) na kwotę:

netto - złotych

.....% VAT - złotych

brutto - złotych

Zadanie finansowane z budżetu miasta w rozdz. 90095, § 6050 (GWB).

2. Z uwagi na dokonanie wyboru oferty prowadzącego do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług w zakresie –-odprowadzenie podatku VAT w kwocie –- leży po stronie Zamawiającego (dotyczy jedynie sytuacji, gdy wybór oferty prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług).

3. Rozliczenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie faktur częściowych za wykonane i odebrane części przedmiotu umowy określone w załączniku nr 1 do umowy - do wysokości 90% wartości brutto przedmiotu umowy określonego w ust.1., tj. dwóch faktur do wysokości 45% wartości brutto przedmiotu umowy każda. Podstawą wystawienia faktur częściowych przez Wykonawcę będą podpisane przez przedstawiciela Zamawiającego i Wykonawcy protokoły odbioru części przedmiotu zamówienia, a faktury końcowej protokół odbioru końcowego.

(...)

Wynagrodzenie to jest ostateczne, nie ulega zmianie i obejmuje wszystkie koszty robót i materiałów niezbędnych do wykonania całości prac objętych niniejszą umową za wyjątkiem sytuacji opisanych w § 17 ust. 1 pkt 1 niniejszej umowy.

§ 17.

1. Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach:

1) Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić w przypadku:

a) działań organów państwowych - ustawowa zmiana obowiązującej stawki podatku VAT,

b) ograniczenia zakresu robót przez Zamawiającego – roboty zaniechane, przez które rozumie się roboty objęte pierwotną dokumentacją projektową, a których wykonanie stało się zbędne. Minimalna wartość przedmiotu umowy nie może być jednak mniejsza, niż 95% wartości kosztorysu ofertowego. Rozliczenie wartości robót zaniechanych nastąpi na podstawie kosztorysu ofertowego Wykonawcy złożonego przed zawarciem umowy,”

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut podniesiony w odwołaniu podlegał oddaleniu.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp tj. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba wskazuje, iż stosownie do art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w odwołaniu. Za zarzut, stosownie do wypracowanego stanowiska w orzecznictwie uznaje się zespół okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących jego podstawę, a więc wskazanie zaniechania lub czynności zamawiającego oraz przedstawione przez odwołującego uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzuca zamawiającemu odwołujący, ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Norma zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reqult, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy lecz daje taką sposobność również wówczas gdy zamawiający powyższe lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaofferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10).

Ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu. W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 ustawy Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne etc. Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje bowiem zaniżenie istotnej części składowej zamówienia odnosić do przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż odwołujący formułując zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień, jako jego uzasadnienie faktyczne, przedstawił wyłącznie zestawienie cen oferowanych przez poszczególnych wykonawców za wskazane przez zamawiającego branże, oraz wyliczenie procentowe różnicy w cenach trzech kwestionowanych branż (tj. wykonanie nawierzchni ścieżek, tablice pamiątkowe, roboty drogowe) vs. średnie cen arytmetycznych wszystkich wykonawców. Odwołujący nie przeprowadził w toku postępowania odwoławczego żadnych dowodów mających na celu wykazanie, że wezwanie było konieczne, a wycena jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. To na odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu. W ocenie Izby niewystarczające, dla uznania podnoszonego zarzutu jest tylko stwierdzenie, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia szczegółowego sposobu kalkulacji dla pozycji wskazanych przez

odwołującego, w sytuacji gdy wzywał wykonawców do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w zakresie wykonania elementów małej architektury. Odwołujący nie podjął również szerszej polemiki z argumentami przystępującego przedstawionymi w złożonym piśmie np. co do podejścia do sposobu wyceny branży drogowej oraz złożonymi przez niego dowodami.

Ponadto, odwołujący w niniejszej sprawie, nie podnosił, iż zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska lecz kwestionował brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie poszczególnych branż wskazanych w załączniku do oferty, uznając, iż stanowią one istotne części składowe, z czym Izba się nie zgadza – dzieląc stanowisko wyrażone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba wzięła pod uwagę, że ceny oferowane przez wykonawców za poszczególne branże były w złożonych ofertach bardzo zróżnicowane (w niektórych branżach ceny wahały się od np. od 2 500 zł do 40 000 zł; od 8 400 zł do 1 140 000 zł lub od 574 600 zł do 1 977 332 zł), co wskazuje na różne podejście przez wykonawców do wyceny poszczególnych branż, a cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową. Wskazać należy, iż zamawiający wzywał wykonawców do wyjaśnień ceny odnośnie zakresów zamówienia które jego zdaniem budziły wątpliwości, na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, co nie znalazło odzwierciedlenia w zarzutach odwołującego. Okoliczność ta, tym bardziej budzi zdumienie, że przystępujący pomimo braku wezwania w tym zakresie, wyjaśniał już zamawiającemu także kwestię ceny zaoferowanej w branży roboty drogowe, a co w związku z wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej, spotkało się z akceptacją zamawiającego.

Kwestią istotną w niniejszej sprawie jest również kwestia rodzaju wynagrodzenia jaki zamawiający określił za przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazywał w dokumentach postępowania, iż mamy do czynienia z ceną ryczałtową. W ocenie Izby badanie istotnych elementów ceny gdy jest ona ceną ryczałtową może być uzasadnione w określonych okolicznościach, gdy zamawiający pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nada określonym dokumentom stanowiącym podstawę wyceny istotną rolę w rozliczaniu zamówienia i określi sposób ich przygotowania. W niniejszym przypadku to na wykonawcy ciążył obowiązek wyceny przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację przedstawioną mu przez zamawiającego i przypisania poszczególnych elementów wchodzących w skład realizacji zamówienia do poszczególnych branż, a przedmiary stanowiły jedynie dokument pomocniczy.

Izba podziela stanowisko zamawiającego oraz wyrażone w orzecznictwie np. w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dn. 24 czerwca 2019 r. o sygn. akt II Ca 928/19, iż co do zasady 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 (tak jest również w niniejszym przypadku za wyjątkiem wskazanym w § 17 ust. 1 pkt 1 wzoru postanowień umowy). 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). Tymczasem zarzuty odwołującego koncentrują się właśnie na cenach określonych elementów. Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe czy też zestawienia mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SWZ. Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia.

Wobec powyższego, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił wystąpienia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny i konieczności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień odnośnie branż wykonania nawierzchni ścieżek, tablic pamiątkowych oraz robót drogowych.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba, wobec wyników postępowania dowodowego, stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 224 ust.1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za branże wykonania nawierzchni ścieżek, tablic pamiątkowych oraz robót drogowych oraz brak naruszenia zasad ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....