

WYROK

z dnia 5 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawców R. P. prowadzącego działalność pod firmą R. F. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią, J. P. prowadzącego działalność pod firmą J. M. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią, O. P. prowadząca działalność pod firmą O. A. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią zaś wspólnie pod firmą Zakład Usług Komunalnych J. R. P. s.c. z siedzibą w Nakle nad Notecią w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 3008/21

Uzasadnienie

Zamawiający 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „remont drogi w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86-90 w Poznaniu”, znak sprawy PZ. 1.2028/Z/2021.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

W dniu 11 października 2021 roku wykonawca R. P. prowadzący działalność pod firmą R. F. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią, J. P. prowadzący działalność pod firmą J. M. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią,

O. P. prowadząca działalność pod firmą O. A. P. Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Nakle nad Notecią zaś wspólnie pod firmą Zakład Usług Komunalnych J. R. P. s.c. z siedzibą w Nakle nad Notecią (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, a także od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia wobec stwierdzenia przez zamawiającego niezgodności kosztorysu ofertowego z kosztorysem ślepych załączonym do SWZ, w sytuacji, w której:
  - a) uzasadnienie odrzucenia nie wskazuje na wątpliwości zamawiającego co do ceny oferty, a na zakwestionowanie sposobu określenia nakładów KNR na R, M i S w sposób odmienny od określonych w warunkach zamówienia, co nie narusza warunków zamówienia i jako powód do odrzucenia oferty nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp,
  - b) wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia oferty nie znalazły odzwierciedlenia w treści wezwania do wyjaśnień, a Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę odwołującego bez wcześniejszego wezwania go do złożenia w tym zakresie wyjaśnień,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) była oferta odwołującego,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a także zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy - w przypadku niewyjaśnienia ww. kwestii, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji,

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- 3) nakazanie zamawiającemu:
  - a) unieważnienia zaskarżonych czynności:
    - i. wyboru oferty najkorzystniejszej,
    - ii. odrzucenia oferty Odwołującego
    - iii. poprzedzających je czynności badania i oceny ofert,
  - b) powtórzenia czynności badania ofert i ewentualne skierowanie wezwania do Odwołującego w celu rozstrzygnięcia zaistniałych wątpliwości po stronie Zamawiającego,
  - c) skierowanie do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wezwania w celu uzyskania od niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do wskazanych w odwołaniu cen jednostkowych oraz co do ewentualnej zgodności z warunkami zamówienia, a następnie ewentualnie odrzucenie tej oferty jako zawierającej rażąco niskie ceny lub jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał:

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 ustawy Pzp pod nazwą: „Remont drogi w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86 - 90 w Poznaniu”. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie remontu nawierzchni drogi w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86 - w Poznaniu, w zakresie i na warunkach szczegółowo określonych w SIWZ i załącznikach do niej, w szczególności specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR), kosztorysie ślepych oraz wzorze umowy.

W wyznaczonym terminie oferty złożyło trzech wykonawców, w tym odwołujący.

Pismem z dnia 05 października 2021 r. Zamawiający poinformował ubiegających się o zamówienie wykonawców o wyborze oferty Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Odwołujący przedstawił wywód odnośnie przesłanek odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz konieczności przeprowadzenia przez zamawiającego badania ofert z należytą starannością. Odwołujący wskazał, że zamawiający informując o odrzuceniu oferty winien stosownie do art. 223 ustawy Pzp podać uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. Dalej odwołujący przedstawił wywód dotyczący rozumienia „warunków zamówienia” oraz podstaw odrzucenia oferty gdy jest ona z nimi niezgodna. W szczególności odwołujący wskazał, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Dalej odwołujący wskazał, że zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Odwołujący przedstawił również poglądy dot. rozumienia oferty. Ponadto odwołujący wskazał, że przed odrzuceniem oferty zamawiający, w przypadku powzięcia wątpliwości, zobowiązany jest do wyjaśnienia jej treści na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Dalej odwołujący wskazał okoliczności w których to uprawnienie zamawiającego staje się jego obowiązkiem.

Uzasadniając szczegółowo zarzuty odwołania odwołujący wyjaśnił, że niedopuszczalne jest zaakceptowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzone wadliwym (w tym prowadzonym z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji) postępowaniem w sprawie badania i oceny ofert. Wobec powyższego w przedmiotowej sprawie doszło także do naruszenia przepisów regulujących wybór oferty najkorzystniejszej, a to wobec faktu, iż oferta odwołującego, mimo że była najkorzystniejsza, została odrzucona z powodów pozaustawowych. Dodatkowo odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego bez uprzedniego wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie zgłoszonych wątpliwości. Zamawiający, mając wątpliwości co do oferty odwołującego winien najpierw wezwać go do złożenia wyjaśnień, jak ma to miejsce w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny, a dopiero później ewentualnie odrzucić taką ofertę.

Odwołujący podał, że zamawiający w piśmie z dnia 05 października 2021 r. informującym o wyborze oferty Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie wskazał jednocześnie, że najkorzystniejsza oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. Dalej odwołujący podał, że zamawiający bez szczegółowego uzasadnienia wskazał jedynie, że w Rozdziale XII oraz Rozdziale XIV SWZ wymagał kosztorysu ofertowego wykonanego zgodnie z kosztorysem ślepych załączonym do SWZ. Kosztorys ofertowy odwołującego został wykonany nieprawidłowo tj. niezgodnie z kosztorysem ślepych załączonym do SWZ. W związku z powyższym oferta podlegała odrzuceniu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak wyjaśnił zamawiający w kosztorysie ofertowym stwierdzono błędy: - w pozycji nr 1 - zmieniono nakłady cennikowe na R i S, - w pozycji nr 4 - zmieniono nakłady na R, Mi S, - w pozycji nr 5 - niezgodna z KNR zmiana nakładów na R, Mi S. Odwołujący wskazał, że w konsekwencji powyższego stwierdzenia zamawiającego, bez wzywania odwołującego do wyjaśnienia powyższych kwestii, dokonał samodzielnie błędnej oceny oferty i odrzucił jego ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującego,

następna czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrwinie również obarczona jest błędem i stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w rozdziale XIV SWZ - Opis sposobu obliczenia ceny - w pkt 1 - wskazano, że wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty obejmującą roboty budowlane na realizację przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III niniejszej SWZ metodą szczegółową przez wypełnienie wszystkich pozycji załączonego do SWZ kosztorysu ślepego. Dalej odwołujący podał, że w pkt 3 zamawiający wprost zakazał samowolnej modyfikacji przedmiaru robót. Z kolei w pkt 4 wskazano jednoznacznie, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt jego oferty odwołujący wyjaśnił, że co do zasady wykonawca miał prawo w zakresie uzasadnionym jego indywidualnymi możliwościami produkcyjnymi i technologicznymi określić wartość dla roboczogodzin i nakładów na sprzęt w sposób odmienny niż ma to miejsce w katalogu nakładów rzeczowych (dalej: KNR). Odwołujący nie dokonał żadnych zmian w obmiarze, co było zakazane w SWZ. Jednocześnie Zamawiający nie zastrzegł w żadnym miejscu braku możliwości zmiany norm nakładów rzeczowych w danej pozycji. Odwołujący podniósł, że KNR powstał przed kilkudziesięciu laty i nie uwzględnia postępu technologicznego i sprzętowego, który nastąpił znacznie później i nadal ewoluuje. Ponadto jeśli np. dany wykonawca zdecyduje, że wykona zakres robót w innej, bardziej konkurencyjnej cenie niż wynika to z KNR, ma pełne prawo dostosować „zawartość norm nakładów” w danej pozycji w celu otrzymania ceny jednostkowej odpowiadającej zakładanej przez niego. Może np. zastosować inny bardziej nowoczesny sprzęt, inny system prowadzenia robót, rzeczywiste, oparte na jego doświadczeniu normy czasu niezbędne dla realizacji danego zakresu albo posiadać szczególnie wykwalifikowaną i doświadczoną kadrę pracowniczą. Tak więc to po stronie wykonawcy leży ocena jaki sprzęt czy też jakie normy czasu niezbędnego do realizacji zamówienia przyjmie. Zamawiający nie powinien weryfikować norm nakładów, pozostawiając je do decyzji wykonawcy. Odwołujący stwierdził, iż takie stanowisko jest uzasadnione tym bardziej, że - tak oświadczył w ofercie, iż oferuje wykonanie zamówienia w zakresie objętym SWZ, a w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty wykonania zamówienia. SWZ co do zasady nigdy nie powinien ingerować w sprzęt i ilość pracowników wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, skupiając się wyłącznie na zakresie i opisie robót niezbędnych do wykonania. Konkurencyjność firm polega m.in. na doborze odpowiedniej ilości pracowników czy też sprzętu, a obecnie dla wielu kategorii robót KNR nie jest już wykładnikiem nakładów dla każdego przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że kosztorys oraz przedmiar na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych pozostają elementami pomocniczymi, a jedynymi elementami z nich wynikającymi, które mogą być weryfikowane w ofercie to ilość, opis pozycji i cena. Przywołał wyrok KIO z dnia 30 października 2018r., sygn. akt KIO 2058/18.

Jednocześnie z ostrożności odwołujący wskazał wszystkie istotne informacje, które zawarłby w zakresie kwestionowanych przez zamawiającego pozycji kosztorysowych w swoich wyjaśnieniach, gdyby zamawiający zobowiązał go do ich złożenia zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

1) Odnośnie stwierdzonych błędów dla pozycji kosztorysowej nr 5 wyjaśnia się, że jest nieścisłość pomiędzy kosztorysem w wersji pdf a kosztorysem w wersji edytowalnej ath. (Athenasoft), który łąduje się bezpośrednio do programu kosztorysowego. Mianowicie w wersji pdf są podane dwie pozycje KNR, pierwsza jest dla wykonania warstwy ścieralnej gr. 3 cm, druga jest dodatkiem za pogrubienie o 1 cm, tymczasem w wersji ath. jest tylko jedna pozycja dla wykonania warstwy ścieralnej gr 3 cm, tymczasem w opisie pozycji jest zapisana grubość 4 cm. Odwołujący wobec powyższego zastosował współczynniki zwiększające właśnie po to, żeby osiągnąć wielkości potrzebne do wykonania tej pozycji.

2) Pozycje kosztorysowe nr 1, 4 i 5 w dużym stopniu nie odzwierciedlają zarówno nakładów na wykonanie danej czynności jak i sposobu i materiałów użytych do wykonania danej czynności, w szczególności:

- pozycja kosztorysowa nr 1 wskazuje, co widać po zestawieniu sprzętu, że cała droga miałaby być rozbierana przy użyciu sprężarki i młota do kucia. Taki sposób rozbiórki jest skrajnie niewydajny i nieopłacalny, stąd w zasadzie niespotykany. Poza tym nigdzie nie jest zawarta czynność technologiczna w postaci załadunku i wywozu urobku. Takiej rozbiórki obecnie dokonuje się przy użyciu frezarki z bezpośrednim załadunkiem urobku na samochody i odwozem.

- pozycja kosztorysowa nr 4 zakłada wykonanie nawierzchni w technologii asfaltu lanego przy pomocy kotłów do tego asfaltu. Takiej masy i technologii nie używa

się od początku XXI wieku. Odwołujący od ponad 20 lat w zasadzie nie spotykał się z kotłem do asfaltu lanego. Obecnie produkuje się asfalt twardo lany (na asfaltach modyfikowanych polimerem) i do tego wykorzystuje się specjalne kotły ale jest to technologia wykorzystywana głównie (jeśli nie tylko) na obiektach inżynierskich jako warstwa izolacji płyty głównej pomostu i jednocześnie wyrównania pod warstwę ścieralną. Jest to jednocześnie technologia bardzo droga. Ponadto nigdzie nie ma mowy o transporcie masy bitumicznej, co stanowi kolejną niecisłość. Oprócz R i S Odwołujący zwiększył także wskaźnik zużycia materiału do 1,2, ponieważ w rzeczywistej technologii robót bitumicznych, uzyskanie grubości 2 cm jest niezwykle trudne. Grubość 2,5 do 3 cm można osiągnąć pod warunkiem, że nawierzchnia placu jest bardzo dobrze przygotowana do położenia tej warstwy - czyli frezowanie musi być bardzo precyzyjne (równa powierzchnia).

- pozycja kosztorysowa nr 5 zakłada, że do wykonania nawierzchni wg Zamawiającego należy również użyć masy asfaltu lanego, przy czym ma on być rozłożony przy pomocy układarki mas bitumicznych oraz walców. Asfaltu lanego nie można rozłożyć przy pomocy układarki, ponieważ jak sama nazwa wskazuje jego się wylewa. Kiedyś układało się go ręcznie przy pomocy specjalnych grac i paczek drewnianych, ale teraz w technologii asfaltu twardolanego jest to specjalna łała, która wyrównuje daną powierzchnię, przy czym nigdy się tego nie wałowało przy użyciu walca, tylko zostawiało do wystygnięcia. Materiał ten zachowuje się podobnie jak posadzka samopoziomująca. Brak jest w tym zakresie również transportu.

Jednocześnie odwołujący wskazał, iż w ramach postępowania zamawiający naruszył także przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, gdyż oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera kilka cen jednostkowych, będących istotnymi elementami cenotwórczymi, które noszą znamiona rażąco niskich cen. I tak odwołujący wskazał, że:

1) w pozycji kosztorysowej nr 2 - obudowa wylotów kolektorów o śr. 60 cm z betonu,

ceny materiałów głównych są znacząco zaniżone - cena za  $\text{lm}^3$  kruszywa łamanego to wg oferty 64,02 zł, a zdaniem Odwołującego winno być minimum 120,00 - 130,00 zł, cena za 1t cementu portlandzkiego to wg oferty 160,00 zł/t, a zdaniem Odwołującego winno być minimum 400,00 zł/t, cena za  $\text{lm}^3$  mieszanki betonowej to wg oferty 128,04 zł, a zdaniem Odwołującego winno być minimum 150,00 - 160,00 zł.

2) istotne wątpliwości musi także budzić cena przyjęta w ofercie za 1t asfaltu lanego, który jest w zasadzie materiałem nieistniejącym na rynku. Wykonawca przyjął cenę 378,79 zł/t, a zdaniem Odwołującego cena ta powinna wynosić nie więcej niż 240,00

- 260,00 zł/t.

Odwołujący stwierdził, że kwestie te z całą pewnością winny być wyjaśnione przez zamawiającego przed wyborem oferty wykonawcy Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie. Jeśli wykonawca nie udzieliłby stosownych wyjaśnień w tym zakresie, zamawiający winien odrzucić jego ofertę, jako zawierającą rażąco niskie ceny lub z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wskazał, że nie uznaje w całości odwołania wykonawcy za zasadne i przedstawił własne stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, ofertę odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, 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.

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 ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont drogi w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86-90 w Poznaniu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00164722/01 w dnia 31 sierpnia 2021 r.

Zamawiający w opublikowanym dla postępowania SWZ w Rozdziale III - Opis Przedmiotu Zamówienia zawarł następujące informacje:

„1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie remontu nawierzchni drogi w kompleksie wojskowym przy ul. Wojska Polskiego 86 - w Poznaniu.

2. Zakres prac będzie obejmował:

- mechaniczne rozebranie nawierzchni o grubości 6 cm.

- wyrównanie i wypoziomowanie wylotów kolektorów.

- skropienie nawierzchni asfaltem 1500 m<sup>2</sup>

- warstwa wiążąca z asfaltu lanego o grubości 2 cm

- wykonanie warstwy ścierniej o grubości 4 cm - 1500 m<sup>1</sup>

3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i zakres robót zawierają załączniki do SWZ:

- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR) - załącznik nr 2 do SWZ,

- kosztorys ślepy - załącznik nr 3A i 3B do SWZ.” Kosztorysy te składały się z pięciu pozycji.

Zgodnie z Rozdziałem XII SWZ - Opis Sposobu Przygotowania Oferty, kompletna oferta

musiała zawierać m.in. wypełniony formularz oferty - sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, oraz szczegółowy kosztorys ofertowy - załącznik nr 2 do SWZ.

Dalej w Rozdziale XIV SWZ - Opis Sposobu Obliczenia Ceny, Zamawiający zawarł następujące wymagania:

1. Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty obejmująca roboty budowlane na realizację przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III niniejszej SWZ metodą szczegółową przez wypełnienie wszystkich pozycji załączonego do SWZ kosztorysu ślepego.

2. Wykonawca winien zastosować jedną (uśrednioną) stawkę roboczogodziny.

3. Zamawiający nie zezwala na samowolną modyfikację przedmiaru robót.

4. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia m. in. koszty:

a) wszelkich robót przygotowawczych,

b) prac porządkowych,

c) utrzymania zaplecza robót (woda, energia elektryczna),

d) dozoru,

e) wywozu i utylizacji odpadów z terenu robót,

i) innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

5. Cenę oferty należy określić w polskich złotych, cyfrowo i słownie z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.

6. Cena oferty musi zostać obliczona z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT).

7. Wykonawca jest odpowiedzialny za ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT. Zastosowanie przez Wykonawcę stawki VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami, spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający wymaga od Wykonawców należytej staranności w przygotowaniu i wycenie kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie uzna oferty za złożoną zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ w przypadku zaokrąglania przez Wykonawcę ilości przedmiaru jednostki obmiarowej. Przedmiar robót w kosztorysie ofertowym Wykonawcy musi być zgodnie z przedmiarem robót ujętym w kosztorysie ofertowym (ślepy).

W przypadku rażącego niedbalstwa Wykonawcy przy wycenie kosztorysu ofertowego (ślepego) Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu.

W dniu 5 października 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, że:

„ - oferta nr 1 - Zakład Usług Komunalnych J., R. P. s.c. ul. Młyńska 22, 98 - 100 Nakło nad

Notecią

Nieprawidłowość w kosztorysach ofertowych tj. wykonany niezgodnie z kosztorysem ślepyem załączonym do SWZ.

W kosztorysie ofertowym stwierdzono błędy:

- w pozycji nr 1 - zmieniono nakłady cennikowe na R i S,
- w pozycji nr 4 - zmieniono nakłady na R, M i S,
- w pozycji nr 5 - niezgodna z KNR zmiana nakładów na R, M i S.

W związku z powyższym postanowiono:

- odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp tj. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”.

Ponadto, w zestawieniu - punktacja przyznana, odnośnie oferty odwołującego zamawiający wskazał „Oferta odrzucona podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

Uzasadnienie:

W Rozdziale XII oraz Rozdziale XIV SWZ Zamawiający wymagał kosztorysu ofertowego wykonanego zgodnie z kosztorysem ślepyem załączonym do SWZ.

Kosztorys ofertowy wykonany nieprawidłowo tj. niezgodnie z kosztorysem ślepyem załączonym do SWZ.

W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu w myśl art. 226 ust. 1 pkt. 5”.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

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

Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (art. 218 ust. 2 ustawy Pzp).

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

#### Art. 224 ustawy Pzp

1. 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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (art. 226 ust.

1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp).

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. (art. 239 ust. 1 ustawy Pzp)

Jak wskazał sam Odwołujący wykonawca, w treści odwołania, składając ofertę, powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lecz w warunkach gdy Zamawiający tego wymaga konieczne jest doprecyzowanie składanego oświadczenia np. poprzez opis, złożenie dokumentów technicznych czy też w przypadku robót budowlanych poprzez złożenie kosztorysu ofertowego. Co do zasady Izba podziela teoretyczne rozważania zawarte w odwołaniu, jednakże w jej ocenie nie mają one zastosowania w niniejszej sprawie.

W rozdziale XIV SWZ - Opis sposobu obliczenia ceny - w pkt 1 - wskazano, że wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty obejmującą roboty budowlane na realizację przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III niniejszej SWZ metodą szczegółową przez wypełnienie wszystkich pozycji załączonego do SWZ kosztorysu ślepego. W pkt 3 tego rozdziału SWZ Zamawiający wprost zakazał samowolnej modyfikacji przedmiaru robót. Z kolei w pkt 4 ww. rozdziału SWZ wskazano jednoznacznie, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt oferty Odwołującego należy wskazać, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że nie można stwierdzić niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia gdyż nie zmienił on opisu pozycji oraz ilości określonych przez Zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający słusznie odczytał zmiany w określonych nakładach sprzętu materiałów i robocizny jako niezgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ wymagał wykonania przez wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia mechanicznego rozebrania nawierzchni o grubości 6 cm, wyrównania i wypoziomowania wylotów kolektorów, skropienia nawierzchni asfaltem 1500 m<sup>2</sup>, wykonania warstwy wiążącej z asfaltu lanego o grubości 2 cm, wykonania warstwy ściernej o grubości 4 cm - 1500 m<sup>2</sup>. Do takiego opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiadającego mu kosztorysu ślepego, żaden wykonawca w tym Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń oraz nie zadawał pytań co do wymagań Zamawiającego na etapie przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący domagał się w odwołaniu, przywrócenia jego oferty do postępowania ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania go do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Jednocześnie Odwołujący już w uzasadnieniu odwołania przedstawił w jego ocenie istotne informacje, które zawarłby w swoich wyjaśnieniach, gdyby Zamawiający go do ich złożenia wezwał. I tak Odwołujący wskazał:

1) „Odnośnie stwierdzonych błędów dla pozycji kosztorysowej nr 5 wyjaśnia się, że jest nieścisłość pomiędzy kosztorysem w wersji pdf a kosztorysem w wersji edytowalnej ath. (Athenasoft), który łąduje się bezpośrednio do programu kosztorysowego. Mianowicie w wersji pdf są podane dwie pozycje KNR, pierwsza jest dla wykonania warstwy ścieralnej gr. 3 cm, druga jest dodatkiem za pogrubienie o 1 cm, tymczasem w wersji ath. jest tylko jedna pozycja dla wykonania warstwy ścieralnej gr 3 cm, tymczasem w opisie pozycji jest zapisana grubość 4 cm. Odwołujący wobec powyższego zastosował współczynniki zwiększające właśnie po to, żeby osiągnąć wielkości potrzebne do wykonania tej pozycji.

2) Pozycje kosztorysowe nr 1, 4 i 5 w dużym stopniu nie odzwierciedlają zarówno nakładów na wykonanie danej czynności jak i sposobu i materiałów użytych do wykonania danej czynności, w szczególności:

- pozycja kosztorysowa nr 1 wskazuje, co widać po zestawieniu sprzętu, że cała droga miałby być rozbierana przy użyciu sprężarki i młota do kucia. Taki sposób rozbiórki jest skrajnie niewydajny i nieopłacalny, stąd w zasadzie niespotykany. Poza tym nigdzie nie jest zawarta czynność technologiczna w postaci załadunku i wywozu urobku. Takiej rozbiórki obecnie dokonuje się przy użyciu frezarki z bezpośrednim załadunkiem urobku na samochody i odwozem.
- pozycja kosztorysowa nr 4 zakłada wykonanie nawierzchni w technologii asfaltu lanego przy pomocy kotłów do tego asfaltu. Takiej maszy i technologii nie używa się od początku XXI wieku. Odwołujący od ponad 20 lat w zasadzie nie spotykał się z kotłem do asfaltu lanego. Obecnie produkuje się asfalt twarдолany (na asfaltach modyfikowanych polimerem) i do tego wykorzystuje się specjalne kotły ale jest to technologia wykorzystywana głównie (jeśli nie tylko) na obiektach inżynierskich jako warstwa izolacji płyty głównej pomostu i jednocześnie wyrównania pod warstwę ścieralną. Jest to jednocześnie technologia bardzo droga. Ponadto nigdzie nie ma mowy o transporcie masy bitumicznej, co stanowi kolejną nieścisłość. Oprócz R i S Odwołujący zwiększył także wskaźnik zużycia materiału do 1,2, ponieważ w rzeczywistej technologii robót bitumicznych, uzyskanie grubości 2 cm jest niezwykle trudne. Grubość 2,5 do 3 cm można osiągnąć pod warunkiem, że nawierzchnia placu jest bardzo dobrze przygotowana do położenia tej warstwy - czyli frezowanie musi być bardzo precyzyjne (równa powierzchnia).
- pozycja kosztorysowa nr 5 zakłada, że do wykonania nawierzchni wg Zamawiającego należy również użyć masy asfaltu lanego, przy czym ma on być rozłożony przy pomocy układarki mas bitumicznych oraz walców. Asfaltu lanego nie można rozłożyć przy pomocy układarki, ponieważ jak sama nazwa wskazuje jego się wylewa. Kiedyś układało się go ręcznie przy pomocy specjalnych grac i pacek drewnianych, ale teraz w technologii asfaltu twarдолanego jest to specjalna łąta, która wyrównuje daną powierzchnię, przy czym nigdy się tego nie wałowało przy użyciu walca, tylko zostawiało do wystygnięcia. Materiał ten zachowuje się podobnie jak posadzka samopoziomująca. Brak jest w tym zakresie również transportu.”

Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego o przekazaniu przez Zamawiającego w zakresie poz. 5 kosztorysu ślepego innej treści tej pozycji w pliku o rozszerzeniu pdf i ath. W toku rozprawy Odwołujący potwierdził, iż przekazywana Izbie treść

wydruku kosztorysu z pliku ath. odpowiada treści z warunków zamówienia. Izba stwierdziła, iż Zamawiający w tym zakresie dopełnił swoich obowiązków i przekazał wykonawcom dwa pliki o tożsamej treści, w szczególności w poz. 5 kosztorysu w obu jako podstawa wskazano KNR 2-31 0311-05 oraz 0311-06. Natomiast to Odwołujący przygotowując kosztorys ofertowy nie dołożył należytej staranności do weryfikacji podstaw wyceny i nie zweryfikował prawidłowości kosztorysu wgranego do jego programu kosztorysowego.

Ponadto Izba zważyła, iż wyjaśnienia odwołującego, które miały uzasadniać zmiany w przewidzianych nakładach, podlegają jej ocenie i jako takie wprost potwierdzają niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie sposobu jego wykonania. Odwołujący faktycznie nie zmienił opisu pozycji kosztorysu, jednakże dla pozycji 1, 4 i 5 kwestionuje określony przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia, co potwierdza niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia, a tym samym zasadność czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Zastrzeżenia Odwołującego co do przewidzianych technologii, być może nawet zasadne, na tym etapie postępowania nie mogą zostać uwzględnione i muszą zostać uznane za spóźnione. Wykonawca tego typu zastrzeżenia/zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia, winien zgłaszać Zamawiającemu na etapie przed złożeniem oferty w postaci pytań do SWZ czy też odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Rozstrzygając odwołanie, Izba zważyła, że ciężar dowodu, iż nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisów i zasad udzielania zamówień, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego zmiany postawionych warunków udziału w postępowaniu (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 obciążenie 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 wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz treści oferty, ciężar dowodu w całości spoczywa na Odwołującym. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania prawdziwości twierdzeń podnoszonych w odwołaniu. Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący, w zakresie zarzutu dot. zaniechania wezwania wykonawcy Zakład Drogowy A. sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz treści oferty, zaniechał akcji dowodowej. Co więcej Odwołujący w ocenie Izby zaniechał również przedstawienia argumentacji pozwalającej na uznanie, iż postawiony przez niego zarzut został chociażby uprawdopodobniony. Wobec czego, odnośnie zarzutu skierowanego wobec oferty wykonawcy Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie, Izba stwierdziła, iż podlega on oddaleniu. Nadmienić należy również, iż wskazywanie na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji gdy brak było w tym postępowaniu wdrożenia procedury wyjaśnienia ceny, jest przedwczesny.

W konsekwencji stwierdzenia braku zasadności ww. zarzutów, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut dokonania wadliwego wyboru oferty złożonej przez Zakład Drogowy A. Sp. z o.o. z siedzibą w Mrowinie jako oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 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).