

WYROK

z dnia 16 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2022 r. przez TECHBUD Sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Namysłów, ul. Stanisława Dubois 3, 46-100 Namysłów

przy udziale Demiurg Sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a, 60-107 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Gminę Namysłów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu na rzecz Gminy Namysłów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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: .....

Gmina Namysłów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa basenu oraz zaprojektowanie i budowa łożni solankowej w Namysłowie w ramach zadania „Utworzenie Centrum Rekreacji i Rehabilitacji po COVID - 19 w Namysłowie - etap I”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2022 r. pod pozycją 2022/BZP 00249942.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. wykonawca TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Demiurg Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień, które byłyby zgodne z wezwaniem i uzasadniałyby, iż podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską,

2. Art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Demiurg Sp. z o.o., pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3. Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Demiurg Sp. z o.o., pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą

i podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Demiurg sp. z o.o.,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
4. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że cena zaferowana przez wykonawcę DEMIURG Sp. z o.o. w kwocie 11 948 119,22 zł jest niższa od wartości przedmiotu zamówienia o 13,89% i o 40,64% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (20 129 354,80 zł).

Z powyższych względów, jak podał Odwołujący, w dniu 12 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Demiurg Sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie czy jego cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. W wezwaniu Zamawiający jasno określił, że „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny” i stwierdził, że cena wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. „wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.” Zamawiający w wezwaniu żądał wyjaśnienia czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wezwał również wykonawcę DEMIURG sp. z o.o. do „złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienie”.

Odwołujący stwierdził, że złożone przez Demiurg Sp. z o.o. w dniu 22 sierpnia 2022 r.

wyjaśnienia i dowody są bardzo ogólne, nieprecyzyjne i nie potwierdzają, iż zaoferowana całkowita cena ofertowa nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazał, że wykonawca Demiurg Sp. z o.o. przyjął błędną tezę dotyczącą szacunkowej wartości zamówienia, gdyż wartość zamówienia wraz z podatkiem VAT wynosi 13 379 422,99 zł, a nie jak sugeruje wykonawca, ok. 8 milionów złotych. Ta okoliczność, oraz to, że ceny ofertowe pozostałych wykonawców wynoszą od 18 mln do 24 mln zł, obala tezę, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia za ok. 8 milionów zł.

Odwołujący podniósł ponadto, że z przedstawionego przez Demiurg Sp. z o.o. zbiorczego zestawienia kosztów w żaden sposób nie można wywieść, jakie i w jakiej wysokości wykonawca przyjął wskaźniki cenotwórcze i jaką minimalną płacę przyjął dla pracowników

w celu obliczenia ceny ofertowej. W ocenie Odwołującego, brak podania minimalnej płacy wartości roboczogodziny, pracy sprzętu, kosztów zakupu i zysku, uniemożliwia

Odwołującemu i Zamawiającemu rzetelną ocenę, czy cena ofertowa wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską. W wykazie wykonawca podaje wartość tylko jednego wskaźnika, jakim są koszty ogólne oszacowane na poziomie 666 551,64 zł stanowiące tylko 6,87% wartości ceny ofertowej netto, co z kolei stanowi 50% kosztów ogólnych kosztorysu inwestorskiego

i rzeczywistych kosztów na budowie.

Dalej Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny wykonawca Demiurg Sp. z o.o. informuje o kosztach, jakie przyjął na kadre zarządzającą czyli  $12+8+8=28\ 000\ \text{zł} \times (450\text{dni}/30\text{dni}/\text{m-c}=15\ \text{m-cy}) = 420\ 000\ \text{zł}$  i są to jedynie koszty kadry, jednak nie wskazał, w jakiej pozycji zestawienia kosztów one się znajdują. Na pozostałe koszty ogólne budowy, takie jak koszty zaplecza, ogrodzenia, ochrony i monitoringu budowy, kosztów zarządu, biura i biura budowy, kosztów gwarancji kontraktowych, kosztów usuwania usterek w okresie gwarancji, ubezpieczenia działalności oraz ubezpieczenia ryzyk budowy i pozostałych kosztów pośrednich oraz kosztów finansowych, związanych z inflacją oraz realizacją inwestycji ze środków „Polski Ład”, a co za tym idzie płatnością w dwóch transzach, czyli finansowaniem całej inwestycji, jak również zysk z budowy, wykonawca Demiurg Sp. z o.o. przeznaczył tylko niecałe 250 000 zł.

W przekonaniu Odwołującego, kwota 250 000 zł nie jest wystarczającą i nie gwarantuje zabezpieczenia finansowego na wykonanie wskazanych czynności/okoliczności i tym samym jest kwotą rażąco niską. W celu wykazania, że wartości poszczególnych składowych

w znaczący sposób odbiegają od wartości składowych oszacowanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia Odwołujący dokonał porównania kosztów założonych przez Demiurg Sp. z o.o. z szacunkiem Zamawiającego i z powyższego wywiódł, że wszystkie ceny tego wykonawcy są zaniżone i nierealne.

Z przedłożonych dokumentów nie wynika też, jak stwierdził Odwołujący, aby wykonawca Demiurg Sp. z o.o. dysponował materiałami, które nabył przed skokiem inflacyjnym, a które chciałby na tej budowie wykorzystać.

Odwołujący wskazał, że analizie poddano dział „1. Kondygnacja -1”, „2.1 roboty rozbiórkowe” z działu „2. Kondygnacja 0” oraz „3.2 Roboty konstrukcyjne” z działu „3. Kondygnacja 1”. Odwołujący wyliczył, że ilość roboczogodzin na ten zakres robót, wynikająca z przekazanego przez Zamawiającego przedmiaru robót wynosi 1630 r-g, stawka za godzinę wynosi około 18 zł (Zamawiający w swoich kosztorysach przyjął 30 zł), doliczając do tego koszty pośrednie na poziomie realnym, ale nawet niższym niż przyjął Zamawiający, tj. 65% i dodając do tego zysk na poziomie również minimalnym, tj. 8%, to robocizna z narzutami powinna wynosić nie mniej niż 32 zł brutto, (przy czym rynkowa aktualna stawka robocizny pracownika na budowie wynosi brutto około 47 zł). Mnożąc kosztorysową ilość robót działu

„1. kondygnacja -1” czyli  $1630\ \text{r-g} \times 32\ \text{zł/r-g}$  otrzymamy wynik 52 160 zł. Demiurg Sp. z o.o. zaoferował wykonanie wszystkich robót tego działu, tj. również wywóz i utylizację gruzu oraz dostawę i wbudowanie materiałów, za 35 287,34 zł. Odwołujący zauważył, że to samo dotyczy rozbiórek istniejącej niecki, czyli dział „2. Kondygnacja 0, 2.1 Roboty rozbiórkowe” pozycje od 17 do 24 kosztorysu inwestorskiego, ilość nakładów pracy na ten dział (związany ze skuciem płytek, rozbiórką ścianek, skuciem niecki i odwozem wraz z utylizacją gruzu) wynosi 4405 r-g. Wykonując te same kalkulacje Odwołujący obliczył wartość  $4405\ \text{r-g} \times 32\ \text{zł/r-g} = 140\ 960\ \text{zł}$ , podczas gdy Demiurg Sp. z o.o. oferuje te prace za 85 296,26 zł. Przy czym, jak zaznaczył Odwołujący, koszty te nie uwzględniają kosztów odwozu i utylizacji gruzu.

Odwołujący podał, że według przedmiaru to 192,5 m<sup>3</sup> gruzu do odwozu i utylizacji, tj. około 308 ton (192,5 m<sup>3</sup> x 1,6 t/m<sup>3</sup>), co przy koszcie jednostkowym 120 zł/t daje 308 t x 120 zł/t = 36 900 zł. Powyższe, zdaniem Odwołującego, świadczy jednoznacznie, że Demiurg Sp. z o.o. nie zamierza płacić pracownikom wykonującym prace minimalnych stawek, a być może nie zamierza też w sposób zgodny z przepisami utylizować gruzu.

W ocenie Odwołującego, całkowicie nierealna jest pozycja 3.2 Kosztorysu, tj. Roboty konstrukcyjne działu „Kondygnacja 1”. Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. wycenił prace objęte tym działem na kwotę 43 333,06 zł, podczas gdy w kosztorysie inwestorskim Zamawiający przewidział 743 831,78 zł. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiającego nie zastanowiła tak duża różnica poszczególnych pozycji i nie poprosił o wyjaśnienie, czy oferta wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. obejmuje kompletne wykonanie wszystkich prac zgodnie z SWZ i Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do SWZ).

Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że przed złożeniem oferty pozyskał wstępne oferty (w domyśle od podwykonawców) na wykonanie specjalistycznych prac oraz poinformował, że dysponuje ofertami rynkowymi na dostawę stali, mieszanki betonowej oraz płytek ceramicznych. Odwołujący podniósł, że samo pozyskanie

i posiadanie ofert wstępnych na wykonanie części robót i niektórych materiałów nie musi potwierdzać, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Nadmieniamy, że pozyskanie ofert wykonawczych od kilku podwykonawców na różne części zamówienia nie stanowi o jednakowym sposobie obliczenia ceny, gdyż każdy podwykonawca przyjmuje do wyceny różne wartości dla poszczególnych wskaźników cenotwórczych, co powoduje, że na ich podstawie nie jest możliwe dokonanie rzetelnej oceny czy cena ofertowa wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wyraził przypuszczenie (ze względu na okoliczność, że oferty podwykonawców zostały utajnione), iż z ofert podwykonawców nie wynika kwota minimalnego wynagrodzenia pracowników, co potwierdza, że Zamawiający nie mógł dokonać rzetelnej oceny czy wynagrodzenie pracowników jest zgodne z polskim prawem.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający żądał wyjaśnienia czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące w jej wykonaniu. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający jasno określił w SWZ w punkcie 16.6 w związku z § 4 umowy, że cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost ze SWZ, a niezbędne do wykonania zadania m.in.:

- wartość przedmiotu zamówienia,
- podatek od towarów i usług,
- koszty oznakowania i zabezpieczenia robót na czas ich trwania oraz roboty niezbędne przy demontażu elementów żelbetowych,
- koszty związane z rozwiązaniem wszelkich kolizji wynikających z realizacją przedmiotu zamówienia,
- koszty związane z odtworzeniem przyległego utwardzenia terenu,
- koszty wywozu odpadów i uprzątnięcia placu budowy oraz terenu przyległego do placu budowy po zakończeniu robót,
- wszelkie podatki, opłaty i należności publiczno-prawne,
- koszty pełnej odpowiedzialności za ewentualne zakłócenia oraz szkody i straty powstałe w wyniku prowadzenia robót,
- wszelkie opłaty i odszkodowania za szkody, koszty oraz straty wynikłe w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Demiurg Sp. z o.o. w swoim wyjaśnieniu złożył ogólne oświadczenie, „(...) że zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu”, jednak w żaden sposób z tego oświadczenia nie można wywieść, jakie kwoty przyjął wykonawca na koszty poszczególnych czynności wymienionych w pkt. 16.6 SWZ w związku z § 4 umowy, a ponadto brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że koszty te zostały ujęte w cenie ofertowej. Z wyjaśnień również nie wynika, zdaniem Odwołującego, w których pozycjach zestawienia zbiorczego kosztów zostały ewentualnie uwzględnione koszty czynności wymienionych w pkt. 16.6 SWZ. i w jakiej wysokości.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający wymagał również „złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienie”. Odwołujący wskazał, że Demiurg Sp. z o.o. również w tym zakresie ograniczył się tylko do ogólnej informacji, że „Wynagrodzenie osób fizycznych wykonujących roboty uwzględnione jest w ofertach potencjalnych podwykonawców jak i zbiorczym zestawieniu kosztów.”

Odwołujący po zapoznaniu się ze zbiorczym wykazem kosztów stwierdził, że w wykazie tym nie zostało wyodrębnione ani wynagrodzenie pracowników ani też nie wskazano wartości roboczogodziny. Z tego względu poddał w wątpliwość okoliczność, że oferty podwykonawców wyodrębniają wynagrodzenie swoich pracowników i czy wynika z nich ilość i stawka roboczogodziny.

Jak zauważył Odwołujący, z wyjaśnień Demiurg Sp. z o.o. nie wynika także, jakie koszty w cenie ofertowej zostały uwzględnione w ramach zabezpieczenia społecznego tj. ubezpieczenia społecznego (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa, ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych), co nie spełnia wymogu z wezwania o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. dalej deklaruje, że „Wynagrodzenie kierowanych do realizacji osób (zarówno kadry kierowniczej jak i pracowników budowlanych) będzie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę i minimalne stawki godzinowe, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...)”. Odwołujący podniósł, że pomimo takiej deklaracji wykonawca Demiurg Sp. z o.o. nie podaje żadnych szczegółów, jakich wymagał w wezwaniu Zamawiający, tzn. brak podania stawki roboczogodziny, brak podania ilości roboczogodzin dla danej czynności, jak i brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających przedmiotową deklarację.

Odwołujący stwierdził, że udzielone przez wykonawcę Demiurg Sp. z o.o. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są bardzo ogólnikowe, nieprecyzyjne i należy uznać je jako niewystarczające w stosunku do treści wezwania z dnia 12 sierpnia 2022 r. W ocenie Odwołującego, wykonawca Demiurg Sp. z o.o. nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień i dowodów (do czego był zobowiązany wezwaniem Zamawiającego) na poparcie tych ogólnych stwierdzeń, które pozwoliłyby na wnikliwą ocenę zaoferowanej ceny. Zdaniem Odwołującego, ogólna argumentacja, bez uszczegółowienia i przedstawienia jakiegokolwiek dowodu, jest działaniem świadomego upozorowania, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską, chyba, że z utajionych informacji wynika coś odmiennego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że wykonawca Demiurg Sp. z o.o. nie dochował należytej staranności przygotowując wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, nie uwzględniając treści wezwania z dnia 12 sierpnia 2022 r. i nie składając dowodów uzasadniających jej wysokość. Odwołujący zaznaczył, że do zadań wykonawcy, jako profesjonalisty, uczestnika obrotu gospodarczego, należało zawarcie w treści wyjaśnień takich okoliczności i przedłożenia takich dowodów, które umożliwiają Zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych. To bowiem do obowiązków wykonawcy należy wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust.5 ustawy pzp). Zamawiający nie dostrzegł zatem, że wyjaśnienia należało uznać za niezłożone mimo skierowanego wezwania.

Z ostrożności Odwołujący poddał w wątpliwość prawidłowość szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Stwierdził, że kosztorys inwestorski nie uwzględnia pełnego zakresu przedmiotu zamówienia wynikającego z warunków SWZ - brak wyceny

czynności wynikających z pkt. 16.6 SWZ oraz zysku wykonawcy, a także ryzyka związanego z inflacją i wzrostem cen materiałów. W związku z tym, szacowana wartość zamówienia zgodnie z kosztorysem inwestorskim jest bardzo zaniżona, nie odpowiada obecnym uwarunkowaniom rynkowym. Ceny rynkowe za wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia kształtują się w granicach od 18 mln do 25 mln, co potwierdzają złożone w tym postępowaniu oferty. Odwołujący podał, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu została złożona jedna oferta o wartości ponad 27 mln zł. Z tego powodu Odwołujący stwierdził, że cena ofertowa 11 948 119, 22 firmy Demiurg Sp. z o.o. bardzo odbiega od cen rynkowych i tym samym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Z uwagi na brak wskazania przez wykonawcę Demiurg Sp. z o.o. wartości wskaźników cenotwórczych oraz brak szczegółowego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oraz brak uwzględnienia w kosztorysie inwestorskim pełnego zakresu robót oraz zysku wykonawcy,

a także ryzyka związanego z inflacją i wzrostem cen materiałów, Odwołujący postawił pytanie, w jaki sposób Zamawiający dokonał oceny ogólnych wyjaśnień wykonawcy by stwierdzić, że cena ofertowa wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem tak niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania o rażąco niskiej cenie oferty, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty. Ogólnikowe wyjaśnienie rażąco niskiej ceny to brak złożenia wyjaśnień. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że brak rzetelności wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może uzasadniać kolejnych wezwań. Zamawiający bowiem nie ma możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Stałoby to w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz mogłoby zostać potraktowane jako próba prowadzenia negocjacji między zamawiającym a wykonawcą w zakresie złożonej oferty.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Demiurg Sp. z o.o. stanowi naruszenie przepisów wskazanych na wstępie w sytuacji, w której przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy wystąpiły. Skutkiem powyższego było pozbawienie Odwołującego zamówienia. Takie działanie Zamawiającego spowodowało naruszenie art. 16 ustawy Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

a czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Demiurg Sp. z o.o. została dokonana z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Demiurg Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że złożone przez Demiurg Sp. z o.o. w dniu 22 sierpnia 2022 r. wyjaśnienia potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Demiurg Sp. z o.o. przedstawił zbiorcze zestawienie kosztów. Wykonawca oświadczył także, że przed złożeniem oferty pozyskał wstępne oferty na wykonanie specjalistycznych prac niezbędnych do wykonania, takich jak zaprojektowanie i wybudowanie tężni solankowej wraz z infrastrukturą, wykonanie niecek basenowych wraz z wyposażeniem, dostawa i montaż sauny, wykonanie technologii uzdatniania wody basenowej, dostawa central wentylacyjnych dla obiektów basenowych. Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. oświadczył też, że posiada oferty rynkowe na dostawę stali brojeniowej, mieszanki betonowej oraz płytek ceramicznych. Ponadto, zgodnie z deklaracją Demiurg Sp. z o.o., do realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca skieruje kadrę zarządzającą budową w liczbie 3 osób, a wynagrodzenie tych osób będzie wynosiło:

- Kierownik budowy - zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej - 12 000 zł brutto/miesiąc,
- Kierownik robót sanitarnych - zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej - 8 000 zł brutto/miesiąc,
- Kierownik robót elektrycznych - zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej - 8 000 zł brutto/miesiąc.

Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. oświadczył również, że „Wynagrodzenie osób fizycznych wykonujących roboty budowlane uwzględnione jest w ofertach potencjalnych podwykonawców jak i zbiorczym zestawieniu kosztów. Przyjęte w zbiorczym zestawieniu kosztów pozycje kosztowe zawierają wydatki związane z zakupem materiałów, usług, zapłatą wynagrodzenia pracowników fizycznych jak i zakładany przez Wykonawcę zysk z inwestycji.” Wynagrodzenie kierowanych do realizacji inwestycji osób, zarówno kadry kierowniczej, jak i pracowników budowlanych, będzie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę i minimalne stawki godzinowe ustalone na podstawie przepisów prawa.

Wykonawca Demiurg Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Do wyjaśnień wykonawca Demiurg Sp. z o.o. dołączył oferty podwykonawców obejmujące wskazane w treści wyjaśnień elementy przedmiotu zamówienia. Dowody te zostały zastrzeżone przez Demiurg Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Okoliczność ta nie została zakwestionowana przez Odwołującego.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień Demiurg Sp. z o.o. z 22 sierpnia 2022 r. poparta dowodami w postaci ofert na wykonanie specjalistycznych prac stanowiących zasadniczy element przedmiotu zamówienia oraz na dostawę kluczowych materiałów, potwierdza realność dokonanej przez ww. wykonawcę kalkulacji, w tym w zakresie kosztów pracy.

Izba wzięła przy tym pod uwagę, że Zamawiający zarówno na etapie składania ofert, jak też na etapie ich badania, nie wymagał złożenia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji. Z tego względu, mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia (okoliczność bezsporna), Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do wyciągnięcia wobec Demiurg Sp. z o.o. konsekwencji z tytułu nie przedstawienia szczegółowej kalkulacji zamówienia. Przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest przepis art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia

w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (sygn. akt II CRN 913/97).

Konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe, nie mają tak dużego znaczenia, jak przy wynagrodzeniu kosztorysowym (podobnie KIO w wyroku z dnia 16

kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 654/12). Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia (podobnie: wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1609/11, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 511/20). Izba miała na względzie stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie, który w wyroku z dnia 24 czerwca 2019 r. stwierdził, że „w utrwalonym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak

Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy) (...) Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego (...) Pokreślić należy, że wykonawca nie ma obowiązku aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć

w innej zbliżonej pozycji opisu (.)” (sygn. akt II Ca 928/19).

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Demiurg Sp. z o.o. nie mogą budzić wątpliwości, w szczególności zważywszy na ich kompleksowy charakter, poparty odpowiednimi dowodami. Wyjaśnienia te pozostają spójne i weryfikowalne. Wątpliwości zgłaszane przez Odwołującego nie mogą się ostać w świetle ogólnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Demiurg Sp. z o.o. wraz z dowodami, a także ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Wobec powyższego, Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez nieodrzuconie oferty Demiurg Sp. z o.o.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez nie odrzucenie oferty Demiurg Sp. z o.o., pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Jak wskazano powyżej, Izba stwierdziła, że w złożonych w dniu 22 sierpnia 2022 r. wyjaśnieniach popartych odpowiednimi dowodami potwierdzającymi realność zaoferowanej przez wykonawcę ceny, Demiurg Sp. z o.o. w sposób wiarygodny wykazała rzetelność dokonanej kalkulacji. Z uwagi na zastrzeżenie treści dołączonych do wyjaśnień dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie może w sposób szczegółowy odnieść się do zawartych w nich informacji.

Odwołujący z ostrożności podał w wątpliwość prawidłowość szacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia. Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że kalkulacja Zamawiającego jest nieprawidłowa. Dowodu na tę okoliczność nie może stanowić cena zaoferowana przez jednego z wykonawców w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego choćby z tego względu, że przedmiot zamówienia

w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu został znacząco ograniczony w stosunku do zakresu poprzedniego postępowania.

Z uwagi na powyższe, Izba nie dopatrzyła się zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Demiurg Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów



postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego i nakazała zwrot na rzecz Zamawiającego kwoty 3 600 zł poniesionej przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....