

WYROK

z 21 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 21 października 2022 roku w Warszawie odwołania
wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 października 2022 r. przez odwołującego:
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu
prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Stalowowolski z siedzibą w Stalowej Woli

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
 - 1.2 Unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty odwołującego:
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach;
 - 1.3 Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty
odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Powiat Stalowowolski z siedzibą
w Stalowej Woli i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr
(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego
tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie:
trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz
wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(tekst jednolity 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:.....

Sygn. akt: KIO 2686/22

Powiat Stalowowolski z siedzibą w Stalowej Woli (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1025R - ul. Mickiewicza i ul. Żwirki i Wigury w Stalowej Woli”, numer referencyjny: IMP.272.2.18.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 sierpnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00303600/01.

10 października 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:
 - a) błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie;
 - b) dowolne uznanie, że „rażąco niskie” ceny za części składowe skutkować mogą wykonaniem całego zamówienia ze stratą, a zatem za rażąco niską cenę;
 - c) brak przedstawienia w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego uzasadnienia, że zaoferowanie „rażąco niskich” cen za części składowe skutkować może wykonaniem całego zamówienia ze stratą, a zatem za rażąco niską cenę;
3. art. 255 pkt 3 Pzp przez bezzasadne unieważnienie postępowania w sytuacji w której cena niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego tj. oferty najkorzystniejszej nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m. in.:

Pismem z 15 września 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień oferty w zakresie ceny zaoferowanej za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. W odpowiedzi 20 września 2022 r. Odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia. Zostały one jednak ocenione negatywnie, a Zamawiający uznał, że cena za

prace projektowe i jej stosunek do ceny za roboty budowlane stanowił podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Odwołującego nie stanowiło to o wypełnieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przesłanki z art. 3 ust. 1 Uznk dotyczącej „naruszenia interesu klienta”

Odwołujący podkreślił, że złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny składowej za wykonanie dokumentacji projektowej zostały dowolnie ocenione przez Zamawiającego, który w sposób błędny i dowolny ustalił, że cena ta jest „rażąco wysoka” i nie ma żadnego uzasadnienia w realiach rynkowych.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący m.in. przedłożył Zamawiającemu oferty od trzech różnych firm na wykonanie dokumentacji projektowej, gdzie wycena każdej z nich oscylowała w granicach 2 mln zł netto. Brak jest podstaw do zakwestionowania przedłożonych wycen.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, w odniesieniu do wyjaśnień ceny dotyczących wyszczególnionych w wezwaniu części składowych Zamawiający stwierdził, że ceny te były nierealne. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie były wyczerpujące i szczegółowe. Nie zawierały kalkulacji kosztów, a załączone do nich oferty podwykonawców niewiarygodne. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, że cena w wskazanych przez Zamawiającego w Tabeli cen elementów robót poz. 2-8 nie była rażąco niska.

Przedmiotowe postępowanie jest już kolejnym prowadzonym w tym przedmiocie. Poprzednie były unieważniane z tego powodu, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższała możliwości finansowe Zamawiającego. Kiedy natomiast w końcu udało się Zamawiającemu uzyskać ofertę mieszczącą się w jego budżecie to odrzucił ją jako rażąco niską, a całe postępowanie unieważnił, gdyż kolejna oferta przekracza już jego budżet. Oferta Odwołującego z ceną 16 866 250,00 zł netto została uznana za rażąco niską, a z kolei oferta kolejnego wykonawcy, której cena wynosiła 17 649 745,00 zł netto, wyższa od oferty

Odwołującego jedynie o 783 495,00 zł netto tj. o 4,64% uznana została za zbyt wysoką i z tego powodu postępowanie po raz kolejny zostało unieważnione.

Wezwanie do wyjaśnień ceny oferty nie dotyczyło ceny całej oferty, ale cen za części składowe, które w zasadzie wyczerpywały cały zakres robót budowlanych. Biorąc z kolei pod uwagę okoliczność w której w odrębnym punkcie Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia jedynej pozostałej ceny tj. za wykonanie dokumentacji projektowej, to Odwołujący w zasadzie złożył wyjaśnienia co do ceny całej oferty. Było to o tyle istotne, że wyjaśnienia uzyskane w odniesieniu do ceny za dokumentację projektową również powinny być rozważane przez Zamawiającego przy ocenie, czy cena oferty była rażąco niska. Wynikająca z wyjaśnień dotyczących tej części rezerwa powinna być uwzględniona przy ocenie, czy istnieje ryzyko wykonania całości zamówienia ze stratą, czego Zamawiający zaniechał.

W odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego wszystkie ceny składowe z poz. 10-14 (branża sanitarna) miały taką samą kwotę, Odwołujący wskazał, że dla każdej z tych cen przedstawił ofertę na wykonanie tego zakresu. Zamawiający winien był dostrzec, że łączna wartość tych ofert wynosiła 3 711 184,71 zł netto, a zaoferowana cena za ten zakres 6 310 000 zł netto. Na użytek złożenia oferty Odwołujący potraktował te pozycje łącznie i dlatego w ofercie podał za ten zakres cenę (3 711 764,70 zł netto) stanowiącą kwotę 3 711 764,70 zł netto powiększoną o 75%. Kwotę tę Odwołujący podzielił równo na 5 części (pozycje 10-14) i w konsekwencji dla każdej z tych pozycji podał tę samą kwotę tj. 1 262 000,00 zł netto.

Dla ustalenia, czy Odwołujący wykazał, że ceny za poz. 10-12 i 14 Tabeli (branża sanitarna) były realne znaczenie miało jednak to, że Odwołujący przedstawił oferty na wykonanie tych zakresów za łączną wartość 3 711 764,70 zł netto, co oznaczało, że na pokrycie pozostałych kosztów tj. jego kosztów ogólnych, ryzyk oraz marży pozostała kwota w wysokości 2 598 235,30 zł netto. Nie można było więc twierdzić, że w przypadku rezerwy w takiej wysokości istnieje ryzyko wykonania tego zakresu ze stratą.

20 października 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł argumentację będącą powieleniem uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z 4 października 2022 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i 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 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego,
3. korespondencji Zamawiającego z Odwołującym, w szczególności wezwania z 15 września 2022 r. do wyjaśnień ceny oferty wraz z odpowiedzią,
4. dokumentów złożonych przez Odwołującego w charakterze dowodów.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z notatką z szacowania wartości zamówienia z 10 sierpnia 2022 r. Zamawiający wyliczył wartość robót na kwotę 15 407 977,00 zł netto. Podstawą szacowania było Zbiorcze Zestawienie Kosztów opracowane na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Zgodnie z informacją z 9 września 2022 r. Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia 21 552 000,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

1. wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z ceną 29 266 277,60 zł (w tym opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - 700 682,29 zł),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku i PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu z ceną 21 709 186,92 zł (w tym opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - 863 153,73 zł),
3. Odwołującego z ceną 20 745 487,50 zł (w tym opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - 4 428 000,00 zł).

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 10 SWZ „Cenę należy określić na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego i Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę w oparciu o w/w dokumenty oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Wykonawca określi cenę ryczałtowa w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ)”.

W § 8 wzoru umowy Zamawiający wskazał:

1. Strony ustalają, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy.
2. Wynagrodzenie ryczałtowe wynosi zgodnie z ofertą Wykonawcy (...).

6. Ustalone wynagrodzenie stanowić będzie wynagrodzenie ostateczne i niezmiennie z zastrzeżeniem postanowień §15 i §16 umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty (.).

8. Nieuwzględnienie przez Wykonawcę jakichkolwiek prac na etapie przygotowania oferty przetargowej nie może stanowić roszczeń w stosunku do Zamawiającego zarówno w trakcie realizacji niniejszej umowy, jak też po wykonaniu przedmiotu umowy.

9. Zgodnie z zasadą wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów oraz z zastrzeżeniem zapisów § 14 i § 15 umowy. Oznacza to, że Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego zobowiązuje się do wykonania wszelkich prac, robót i czynności koniecznych do zrealizowania przedmiotu umowy niezależnie od tego, czy zostały one przewidziane na dzień złożenia oferty (.)."

15 września 2022 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, w którym wskazał m. in.:

„Zaproponowana przez Wykonawcę cena za prace projektowe w wysokości 3 600 000 zł netto wydaje się rażąco wysoka i nieadekwatna w stosunku do cen rynkowych tego typu opracowań. Zaoferowana cena wydaje się nierealistyczna, niewiarygodna oraz znacząco odbiega od zaoferowanych cen pozostałych złożonych ofert (.). W złożonej przez Państwa ofercie wartość prac projektowych wynosi 3 600 000,00 zł netto, co stanowi aż 27,1% wartości planowanych robót budowlanych - kilka-kilkanaście razy więcej w porównaniu z innymi złożonymi ofertami w postępowaniu (.). Wskaźnik procentowy stosowany do obliczenia wartości prac projektowych wynosi 2,5 - 5,0% wartości planowanych robót budowlanych.

W ofertach nr 1 i nr 2 taki wskaźnik został zaoferowany.

Proszę o wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienie zaoferowanej ceny prac projektowych, w szczególności przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyliczenia ceny prac, wskazanie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze złożeniem dowodów, które umożliwią Zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych.

Proszę również o wyjaśnienie sposobu kalkulacji zaoferowanych cen w pozycjach branży sanitarnej w załączonej do oferty Tabeli cen elementów robót (pozycja od 10 do 14). Zaoferowane przez Wykonawcę ceny w poszczególnych pozycjach branży sanitarnej są na takim samym poziomie tj. 1 262 000,00 zł netto. Zaoferowane ceny wydają się nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i skalkulowane w sposób nierealny w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a także znacznie odbiegają od zaoferowanych cen pozostałych wykonawców oraz oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia powyższych elementów składowych oferty (...).

Zaoferowane przez Wykonawcę ceny istotnych części składowych zamówienia, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i mogą zaważyć na należyтым wykonaniu umowy:

1. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe (pozycja 2 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 280 000,00 zł netto jest niższa o 48,2 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert , tj. 540 616, 18 zł.
2. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanał technologiczny (pozycja 9 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 157 750,00 zł netto jest niższa o 58,4 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 379 309,55 zł.
3. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację deszczową (pozycja 10 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 57,9 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 2 998 676,19 zł.
4. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację sanitarną (pozycja 11 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 21,3 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 604 305,64 zł.

5. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć wodociągową (pozycja 12 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 19,3 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 563 867,17 zł.
6. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć ciepłowniczą (pozycja 14 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 31,1 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 832 714,55 zł.
7. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Oświetlenie drogowe (pozycja 15 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 946 500,00 zł netto jest niższa o 32,2 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 396 232,06 zł.
8. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Przebudowę kolizji teletechnicznych (pozycja 17 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 631 000,00 zł netto jest niższa o 68,44 % o średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 999 460,32 zł.

Zamawiający — Powiat Stalowowolski żąda również wyjaśnienia łączonej zaoferowanej przez Wykonawcę ceny robót budowlanych - 13 266 250 zł netto, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, znacząco odbiega od zaoferowanej ceny robót budowlanych pozostałych złożonych ofert i wydaje się znacznie odbiegająca od cen rynkowych co budzi wątpliwości czy Wykonawca wykona umowę należycie".

20 września 2022 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie. W ocenie Izby odpowiedź była adekwatna pod względem szczegółowości do treści wezwania, a Odwołujący nie pominął żadnego z zadanych mu pytań. W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia odwołania Izba wskazuje następujące fragmenty złożonych wyjaśnień:

„Z punktu widzenia postanowień SWZ i pozostałych dokumentów zamówienia nie ma znaczenia rozdzielenie ceny czy to w formularzu ofertowym, czy w szczególności w Tabeli Cen Elementów Robót (TCER). Zamawiający nie zastrzegł w dokumentach zamówienia w jaki sposób należy rozbić cenę na poszczególne elementy robót, w związku z tym pozostawił Wykonawcom swobodę w rozłożeniu elementów ceny w ramach poszczególnych jej elementów. Jeżeli Zamawiający oczekiwał by Wykonawcy poruszali się w oczekiwanych przez niego widełkach (jak wynika z wezwania między 2,5% a 5,0%) - to powinien to jasno sformułować w dokumentach zamówienia, a nie pozostawiać swobody Wykonawcom. Odnosząc się bezpośrednio do Państwa zarzutu „rażąco wysokiej ceny” za prace projektowe w wysokości 3.600.000,00 zł netto - informujemy, że dysponujemy 3 złożonymi nam ofertami branżowymi (...) oraz 3 ofertami kompleksowymi (...).

Po przeanalizowaniu otrzymanych ofert wybraliśmy ofertę firmy PROMOST CONSULTING na kwotę 2.049.218,00 zł netto, i zwiększyliśmy jej wartość do kwoty 3.600.000,00 zł netto to jest o 75% - tak jak pozostałych oferentów branżowych (...).

W zakresie „rażąco niskich cen” istotnych części zamówienia obejmujących punkty od nr 1 do nr 8 Państwa pisma - wyjaśniamy:

Ad.1: Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe oraz Roboty ziemne określone w Tabeli Cen pod numerami 2 i 3 - to roboty w znacznym zakresie nakładające się na siebie. Podział ich na wskazane powyżej 2 asortymenty robót często dokonuje się w sposób uznaniowy przez projektanta - dlatego też należy rozpatrywać je łącznie.

W takim kontekście sumaryczna wartość Robót przygotowawczych i rozbiórkowych oraz Robót ziemnych dla poszczególnych oferentów przedstawia się następująco:

- PRI „FART”: 980.000,00 zł netto
- PBI: 804.573,55 zł netto
- STRABAG: 755.438,67 zł netto

Wartość robót P.R.I. „FART” jest w tym układzie najwyższa, a więc trudno jest w tym kontekście mówić, że jest ona rażąco niska (...).

Ad.3: Informujemy, że na wykonanie Kanalizacji deszczowej otrzymaliśmy ofertę od firmy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Ł. W. na kwotę 1.014.275,66 zł netto (Załącznik nr 2). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 1.262.000,00 zł netto.

Ad. 4: Informujemy, że na wykonanie Kanalizacji sanitarnej otrzymaliśmy ofertę od firmy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Ł. W. na kwotę 281.179,23 zł netto (Załącznik nr 2). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 1.262.000,00 zł netto.

Ad. 5: Informujemy, że na wykonanie Sieci wodociągowej otrzymaliśmy ofertę od firmy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Ł. W. na kwotę 765.002,82 zł netto (Załącznik nr 2). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 1.262.000,00 zł netto.

Ad. 6: Informujemy, że na wykonanie Sieci ciepłowniczej otrzymaliśmy ofertę od firmy Przedsiębiorstwo „Marines” Sp. z o.o. na kwotę 1.169.500,00 zł netto (Załącznik nr 3). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 1.262.000,00 zł netto.

Ad. 7: Informujemy, że na wykonanie Oświetlenia drogowego otrzymaliśmy ofertę od firmy WJAP Sp. z o.o. na kwotę 556.764,00 zł netto (Załącznik nr 4). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 946.500,00 zł netto.

Ad. 8: Informujemy, że na wykonanie Przebudowy kolizji teletechnicznych otrzymaliśmy ofertę od firmy WJAP Sp. z o.o. na kwotę 371.176,00 zł netto (Załącznik nr 4). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 631.000,00 zł netto.

Informujemy ponadto, że otrzymaliśmy ofertę na wykonanie Sieci gazowej od firmy KP „INŻYNIERIA” Sp. z o.o. na kwotę 481.227,00 zł netto (Załącznik nr 5). Po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty 1.262.000,00 zł netto (.).

Podsumowując informujemy, że łączna wartość ofert wszystkich Podwykonawców przewidywanych do realizacji robót branżowych wyniosła 5.010.880,70 zł netto. Kwota ta została przez nas zwiększona o 70% do wartości 8.518.500,00 zł netto, gdzie ujęliśmy wystąpienie zakładanych przez nas ryzyk: związanych z niemożliwym do przewidzenia zakresem robót, ponadnormatywnym wzrostem kosztów wynagrodzeń, ponadnormatywnym zwiększeniem kosztów materiałów, kosztami związanymi z pobraniem kredytu na realizację zadania - koniecznym do wzięcia z powodu zakładanego sposobu fakturowania robót, skutkami nieprzewidywalnej wysokości inflacji itp. (.).

4 października 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania, ze względu na fakt, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu przekraczały kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. W zakresie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał następujące powody swojej decyzji:

„Uzasadnienie prawne:

- 1) oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

W toku postępowania przetargowego prowadzonego w formule zaprojektuj i wybuduj Zamawiający dokonał badania złożonych ofert i uznał, że zaoferowana w Załączniku nr 1 - Formularz ofertowy przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej kwota w wysokości 4 428 000 zł brutto, 3 600 000 zł netto znacząco odbiega od pozostałych zaoferowanych cen za wykonanie dokumentacji projektowej i znacząco odbiega od standardów rynkowych. Zaoferowana cena jest nieadekwatna w stosunku do cen rynkowych tego typu opracowań. Zamawiający uznał, że zaoferowana cena jest nierealistyczna, niewiarygodna, znacząco odbiega od zaoferowanych cen pozostałych złożonych ofert oraz rażąco zawyżona.

W ofercie nr 1 zaoferowany koszt prac projektowych wynosi 569 660,40 zł netto, co stanowi 2,5 % wartości zaoferowanych w ofercie robót budowlanych. Zaoferowany w ofercie nr 2

koszt prac projektowych wynosi 701 751,00 zł netto co stanowi 4,1 % wartości zaoferowanych w ofercie robót budowlanych. W złożonej przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ofercie wartość prac projektowych wynosi 3 600 000,00 zł netto co stanowi, aż 27,1 % wartości zaoferowanych robót budowlanych. Zaoferowany przez „FART” Sp. z o.o. koszt prac projektowych w stosunku do zaoferowanej ceny robót budowlanych jest kilka i kilkanaście razy wyższy w porównaniu z innymi złożonymi ofertami w postępowaniu. Ponadto zaoferowana przez „Fart Sp. z o.o. cena za opracowanie dokumentacji projektowej jest 221 % wyższa od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen wszystkich wykonawców i aż 0 566 % wyższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert (bez oferty Wykonawcy) (.). Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. wyjaśniło jedynie, że przyjęte w ofercie wartości mają charakter realny, odnoszą się do kosztów i ryzyk Wykonawcy zidentyfikowanych na podstawie analizy dokumentów zamówienia, Wykonawca w przekazanym wyjaśnieniu załączył 3 oferty częściowe na wykonanie dokumentacji projektowej (.).

Do wyjaśnień nie została dołączona żadna kalkulacja kosztów poszczególnych czynności, które będą miały wpływ i będą się składać na koszty wykonania dokumentacji projektowej. Zamawiający nie ma podstaw kwestionowania oparcia kalkulacji Wykonawcy na złożonych ofertach, datowanych przed terminem składania ofert, jednak biorąc pod uwagę wysokość — bardzo zbliżoną, trudno je uznać za wiarygodne. Analizując zaoferowane ceny, biorąc pod uwagę poziom cen rynkowych za tego typu usługi projektowe, wynikający ze średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w złożonych ofertach przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, zaoferowana przez Wykonawcę cena za dokumentację projektową znacznie odbiega od poziomu rynkowego - w sposób rażący (.).

Ponadto Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że do oferty po dokonaniu analizy wybrał ofertę firmy PROMOST Consulting oferującą za wykonanie dokumentacji projektowej za kwotę 2 049 218 zł, a następnie zwiększył ją do kwoty 3 600 000 zł (zastrzeżony termin wykonania dokumentacji i ryzyk z tym związanych). Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienie opierające się na ofertach podwykonawców w zakresie opracowania dokumentacji projektowej objętej przedmiotem zamówienia nie jest spójne z treścią oferty Wykonawcy, a tym samym niewiarygodne. Wykonawca w złożonej ofercie wskazał podwykonawców — konkretne firmy, którym zamierzał udzielić konkretne części zamówienia tj. projektantom w specjalności instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i instalacji teletechnicznych. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oparł się na ofercie innej firmy podwykonawczej. Wskazanie w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach innych firm podwykonawczych niż określone w treści oferty i w treści zobowiązań podmiotów trzecich, z których wyraźnie określono zakres prac w ramach podwykonawstwa innym firmom, powoduje, że udzielone Zamawiającemu wyjaśnienie jest niewiarygodne (.).

Wszystkie ceny przedstawione w ofertach załączonych do wyjaśnienia za wykonanie prac projektowych są bardzo zbliżone do siebie, zdecydowanie rozbieżne z cenami za prace projektowe w pozostałych ofertach, że zdaniem Zamawiającego są niewiarygodne. Ponadto wykonawca wyjaśnia, że do ceny wybranej oferty (PROMOST-Consulting) dołożył 75%, czyli zwiększył ją niemal dwukrotnie, uzasadniając to terminem wykonania dokumentacji i związanymi z tym ryzykami. Zamawiający wyjaśnia, że termin wykonania dokumentacji został określony w SWZ, ale Zamawiający zgodnie z projektem umowy nie przewiduje kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania prac projektowych. Ponadto w projekcie umowy zamawiający przewiduje zmiany umowy związane z różnymi ryzykami, w tym terminu wykonania umowy w różnych przypadkach niezawinionych przez Wykonawcę. Tak więc Wykonawca nie wyjaśnił jakie ryzyka zamierza wyeliminować poprzez zwiększenie ceny o 75% oraz w jaki sposób zwiększenie ceny ma spowodować minimalizację ryzyk. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie pozwoliły Zamawiającemu na zweryfikowanie, że zaoferowana cena za dokumentację projektową w wysokości 3 600 000 zł została rzetelnie skalkulowana w oparciu o PFU i SWZ (.).

Ponadto Zamawiający musi przewidywać ewentualne wystąpienie okoliczności o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt. 1 po wykonaniu przez Wykonawcę tylko prac projektowych, Zamawiający zmuszony byłby zapłacić za nie wynagrodzenie nieadekwatne do wartości rynkowej tego opracowania (.).

W ocenie Zamawiającego zaoferowane przez Wykonawcę ceny istotnych części składowych zamówienia są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i mogą zaważyć na należyтым wykonaniu umowy.

Zamawiający dokonał porównania zaoferowanych w tabeli cen elementów robót, stwierdzając, że w przypadku 8 elementów robót ceny są niższe od średniej arytmetycznej

cen elementów robót wszystkich złożonych ofert w przedziale od 19,3% do 68,44%.

Analiza porównawcza cen wyglądała w sposób poniższy:

1. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe (pozycja 2 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 280 000,00 zł netto jest niższa o 48,2 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 540 616,18 zł.
2. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanał technologiczny (pozycja 9 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 157 750,00 zł netto jest niższa o 58,4 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 379 309,55 zł.
3. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację deszczową (pozycja 10 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 57,9% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 2 998 676,19 zł.
4. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację sanitarną (pozycja 11 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 21,3% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 604 305,64 zł.
5. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć wodociągową (pozycja 12 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 126 200,00 zł netto jest niższa o 19,3% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 563 867,17 zł.
6. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć ciepłowniczą (pozycja 14 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 31,1% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 832 714,55 zł.
7. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Oświetlenie drogowe (pozycja 15 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 946 500,00 zł netto jest niższa o 32,2 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 396 232,06 zł.
8. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Przebudowę kolizji teletechnicznych (pozycja 17 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 631 000,00 zł netto jest niższa o 68,44% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 999 460,32 zł.

(.)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał wyjaśnienia:

- 1) wyjaśnienie dotyczące pozycji 1 — przekonało Zamawiającego, że może istnieć uznaniowy podział robót — Zamawiający uznał wyjaśnienie,
- 2) w zakresie pozycji 2 - 8 wykonawca przedstawił oferty podwykonawców, których nie wykazał w ofercie pomimo żądania Zamawiającego sprecyzowanego w SWZ, i pomimo faktu, że oferty są datowane przed składaniem ofert. Oferty podwykonawców określają tylko wartość robót w poszczególnych branżach. Wyjaśnienia Wykonawcy ograniczyły się tylko do załączenia ofert podwykonawców, bez szczegółowej kalkulacji kosztów i przyjętych założeń, umożliwiających Zamawiającemu ocenę czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca na etapie przygotowania oferty cenę poszczególnych elementów robót powinien skalkulować i tę kalkulację winien przedstawić Zamawiającemu na wezwanie. Do wyjaśnień Wykonawca załączył również różne oferty handlowe nie precyzując jednoznacznie jakiego zakresu prac dotyczą i w jaki sposób wpływają na konkretne elementy cen.

Budzi duże wątpliwości Zamawiającego sposób wyliczenia ceny oferty w poszczególnych branżach. W przypadku wyjaśnianych pozycji od 3 do 8, ceny oferowane przez podwykonawców stanowiące załącznik do wyjaśnień w znaczny sposób odbiegają od cen zaoferowanych przez Wykonawcę i Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w przypadku 6 cen elementów robót wyjaśnia, że „po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty ...” i takie wyjaśnienia budzą duże wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia przez Wykonawcę, gdyż wyjaśnienia wyraźnie wskazują, że Wykonawca nie dokonał rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Wykonawca zdecydował się na „urealnienie” ofert podwykonawców co oznaczałoby, że były one nierealne, nierzeczywiste. Oferty nierealne czyli niewiarygodne nie powinny i nie mogą stanowić dowodu co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (.).

Wobec braku udzielenia wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień, braku szczegółowej

kalkulacji kosztów, załączenia do wyjaśnień „nierealnych” ofert podwykonawców Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał, że cena w wskazanych przez Zamawiającego w Tabeli cen elementów robót poz. 2-8 nie jest rażąco niska (.).”.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający nie miał powodów do odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu tej czynności. Co za tym idzie niezasadne było unieważnienie postępowania.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że odrzucenie oferty w oparciu o uznanie, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji wymaga szczególnej staranności w zakresie wykazania, że do takiego czynu rzeczywiście doszło. Nie ma oczywiście podstaw zakładać, że Zamawiający udowodnił jego zaistnienie - czynu tego rodzaju ze swojej natury mają skryty charakter, a podmioty w nie zaangażowane dążą do zachowania ich w tajemnicy. Zamawiający ma jednak wskazać i opisać sam mechanizm tego czynu, tj. jakie działania wykonawcy (często legalne) doprowadziły do zaistnienia określonego skutku - nielegalnego, sprzecznego z dobrymi obyczajami itp. Wykonawca dopuszczający się czynu nieuczciwej konkurencji działa bowiem w sposób celowy i po to by osiągnąć z góry założony efekt, który w praktyce - na gruncie Pzp - oznacza uzyskanie nienależnej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Tym samym Zamawiający powinien wskazać jakie działania Odwołującego spowodowały, że uzyskał on tego rodzaju przewagę. Przytoczone wyżej uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie spełnia tych wymogów. Zamawiający kierował się wątpliwościami, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Tym samym w ocenie Izby Zamawiający oparł się wyłącznie na podejrzeniach, nie podejmując choćby próby wykazania zaistnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Izba uznała, że nie doszło do popełnienia przez Odwołującego zarzucanego mu czynu z następujących przyczyn:

1. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.
2. Zamawiający w żaden sposób nie określił granicznych proporcji cen za dokumentację projektową i roboty budowlane.
3. Cena całkowita oferty Odwołującego jako jedyna mieściła się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia.
4. Cena całkowita oferty Odwołującego stanowiła ok. 96% ceny całkowitej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu.
5. Brak jest podstaw do uznania, że cena zaoferowane przez Odwołującego za realizację robót budowlanych była rażąco niska i nie pozwalała na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, by Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący skorzystał z możliwości dopuszczonych przez postanowienia SWZ, a brak podstaw do stwierdzenia, że tych możliwości w sposób nieuczciwy nadużył.

Zamawiający podniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że „Gdyby zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt. 1 po wykonaniu przez Wykonawcę tylko prac projektowych, Zamawiający zmuszony byłby zapłacić za nie wynagrodzenie nieadekwatne do wartości rynkowej tego opracowania”. Faktem jest, że cena zaoferowana przez Odwołującego za prace projektowe była zdecydowanie wyższa niż ceny pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skoro jednak Zamawiający obawiał się możliwości odstąpienia od realizacji umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp winien się w stosowny sposób zabezpieczyć - choćby przez określenie proporcji ceny za prace projektowe i roboty budowlane. Ponadto, by fakt ten miał wskazywać na dopuszczenie się przez Odwołującego inżynierii cenowej (tj. niedopuszczalnego przeniesienia części kosztów z robót budowlanych do kosztów prac projektowych) Zamawiający winien wykazać, że cena Odwołującego za roboty budowlane była rażąco niska. Tymczasem stanowisko Zamawiającego w tej mierze sprowadza się do zarzutu nadmiernej ogólnikowości wyjaśnień, mimo, że były one w pełni adekwatne do treści wezwania do wyjaśnień. Jeśli Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień to powinien jasno wskazać w wezwaniu te elementy, które muszą zostać opisane przez wykonawcę. W ocenie Izby Odwołujący udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane mu pytania, a na poparcie ich prawdziwości złożył stosowne dowody. Zamawiający natomiast nie określił przyczyn, dla których w jego ocenie realizacja robót budowlanych za zaoferowaną cenę, w tym kwestionowane przez Zamawiającego ceny jednostkowe, nie będzie możliwa. Zamawiający stwierdził, że o

nierealności cen Odwołującego świadczyło to, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że „urealnił” ceny podwykonawców. Zamawiający pominął jednak, że Odwołujący wyjaśnił co miał na myśli.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający uznał, że cena za prace projektowe - jako niezgodna z jego niewyrażonymi w treści SWZ wyobrażeniami - świadczy o nieuczciwości Odwołującego, a to z kolei świadczy o nieprawdziwości wyjaśnień Odwołującego dotyczących cen jednostkowych w zakresie robót budowlanych, niezależnie od argumentów i dowód jakimi się on posłużył.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....