

WYROK

z dnia 14 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2022 r. przez wykonawcę P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „DOM-BRUK D. P.” w Żninie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Żnin

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w punktach 1 - 3 petitum odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Żnin [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na budowę ciągu komunikacyjnego pomiędzy ulicą Fabryczną a Przemysłową wraz z przebudową ulic Fabrycznej i Przemysłowej w Żninie (znak postępowania:

IGPI.271.16.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00286479/01.

W dniu 30 października 2022 r. wykonawca P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „DOM-BRUK D. P.” w Żninie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez brak prawidłowego wezwania do Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy Zamawiający powziął takie wątpliwości;
2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak prawidłowego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia niezgodności treści oferty, w sytuacji gdy Zamawiający powziął takie wątpliwości;
3. art. 224 ust. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego łącznego wniosku o wyjaśnienie wyliczenia ceny oferty oraz treści oferty, a następnie wywodzenie z tego wezwania, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie było podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności, ponieważ Oferta odwołującego jest zgodna z treścią SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny;
5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Kowalski Budownictwo sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy nią nie była.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej Kowalski Budownictwo Sp. z o.o.;
2. powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego;
3. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a po ich pozytywnej weryfikacji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. i 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie był pytany o rażąco niską cenę, a o ilość nakładów przewidzianych do realizacji w danych pozycjach kosztorysu, a które powinny być badane w pierwszej kolejności na etapie wyjaśnienia treści oferty, tj. zanim Zamawiający wystąpi o badanie rażąco niskiej ceny. Świadczy o tym choćby umiejscowienie dwóch norm prawnych odnoszących się do wyjaśnienia i badania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, iż w ramach badania rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ponadto obligatoryjnie zbadać w postępowaniu na roboty budowlane zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp elementy ceny w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie wykazał, dlaczego sam przyjął takie nakłady r-g w każdej pozycji kosztorysu, o wyjaśnienie której wzywał. Podkreślał, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie zamieścił kosztorysów inwestorskich, czy też tzw. kosztorysów ślepych (bez cen), z rozwinięciem nakładów, a jedynie przedmiar w wersji uproszczonej, bez rozwinięcia nakładów. Zwrócił uwagę, że zgodnie z częścią II ust. 5 SWZ: „Przedmiar stanowi wyznacznik do wyceny zakresu robót.” oraz że Zamawiający przewidział

rozliczenie ryczałtowe (powołał się na część III rozdział VII pkt 2, 3, 5, 7 i 10). Odwołujący przywołał § 2 ust. 1, 2, 11 i 13, § 5 ust. 1 lit. n i ust. 6 wzoru umowy.

Odwołujący wskazał, że w żadnym postanowieniu umownym nie ma odniesienia do kosztorysu ofertowego, nie stanowi on nawet załącznika do umowy. Powyższy wywód dowodzi w pełni, że Zamawiający nie traktuje kosztorysu ofertowego jak dokumentu, na podstawie którego będzie realizował umowę, tym bardziej, że przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, w którym wyodrębnił zakresy do wykonania, opisane 4 przedmiotami. Ta niekonsekwencja w wymogach SWZ oraz zasadach rozliczenia ceny rzutuje na sposób prezentowania ceny przez Wykonawcę. Wykonawca, zgodnie z wymogami załączył kosztorysy ofertowe zawierające wszystkie pozycje, w tych pozycjach wyodrębnił ceny składowe, w tym wymagane nakłady. Jednak, skoro Zamawiający sam nie podał w przedmiarze, jakie nakłady zastosował, Wykonawca nie mógł ich uwzględnić lub się do nich dostosować.

Odwołujący przywołał następnie treść wyjaśnień z 6 października 2022 r. Wskazywał, że katalogi opracowane w większości w latach osiemdziesiątych XX wieku nie obejmują nowych materiałów budowlanych, nowoczesnych technologii i metod organizacyjnych, które

dynamicznie zaczęły się rozwijać w Polsce pod koniec lat 90 - tych, a obecnie katalogi KNR stanowią bowiem praktycznie jedyny dziś klasyfikator robót budowlanych pozwalający identyfikować roboty przez uczestników procesu inwestycyjnego. Odwołujący w złożonej ofercie kalkulował koszty i nakłady adekwatne do własnych możliwości sprzętowych i organizacyjnych. Niestety wiele katalogów przyjętych przez kosztorysanta Zamawiającego przewidywało prace wykonywane ręcznie a także przy użyciu technologii, które współcześnie już nie są wykorzystywane lub są przestarzałe. Wydawcy katalogów obecnie nie dokonują aktualizacji norm technologii czy materiałów i w wielu przypadkach niestety trzeba normy ich zużycia określać samodzielnie, co też Odwołujący uczynił. Taka praktyka jest stosowana przez wielu kosztorysantów, którzy dokonują samodzielnie korekty nakładów w danej pozycji katalogowej, w szczególności uwzględniając aktualnie stosowane materiały budowlane i ich zużycia wynikające z danych producenta. Należało skorygować normy czasy pracy, aby sztucznie nie obniżyć stawki roboczogodziny, co w takiej sytuacji mogłoby stanowić zarzut rażąco niskiej stawki roboczogodziny. Dlatego Odwołujący w pozycjach, o których wyjaśnienie wystąpił Zamawiający, zastosował nakłady robocizny w KNR, które odpowiadają dzisiejszym realiom, biorąc pod uwagę rzeczywiste normy czasu swoich pracowników przy użyciu specjalistycznych i nowoczesnych sprzętów, niezbędne do realizacji danego zakresu. Tym samym w cenie oferty Odwołujący wycenił wszystkie koszty wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Ponadto podobne wyjaśnienia i zasady kalkulacji ceny ofert były prezentowane u tego Zamawiającego w postępowaniu na: „Przebudowę ul. Czarnieckiego w Żninie” (wezwanie z dnia 7 marca 2022 r.), czy w postępowaniu na przebudowę ul. Zielnej, Cisowej i Świerkowej w Żninie (wezwanie z dnia 16 kwietnia 2019 r.), które to Zamawiający przyjął, a postępowania Odwołujący wygrał i w całości zrealizował, zgodnie z przyjętymi nakładami pracy.

Podkreślał, że przyjęta przez Odwołującego stawka roboczogodziny znacznie przekraczała minimalne stawki, które są wymagane przepisami prawa i wynosi 35,51 PLN ($22,06 \times 1,45\%$ - narzuty na koszty $R+S \times 1,11\%$ - zysk od $R+S+Ko$). Wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano-montażowych w 2022 roku wynosi: $25,3166 \text{ zł} = 18,0240 + 7,2926$ w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość: 25,32 zł.

Podkreślał, że podczas kalkulacji ceny ofert Odwołujący za każdym razem bierze pod uwagę to, że przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową oraz zasadami wiedzy technicznej, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, normami, zasadami wiedzy technicznej oraz harmonogramem realizacji robót, korzystając z materiałów odpowiadających co do jakości wymaganiom określonym ustawą

z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. 2020 r. poz. 215) oraz wymaganiom określonym w SST.

Odwołujący przy wycenie robót dla zadania wziął pod uwagę następujące czynniki, mające wpływ na możliwość obniżenia kosztów realizacji inwestycji:

- siedziba firmy mieści się w odległości około 5 km od inwestycji, gdzie znajduje się węzeł betoniarski, park maszynowy, pomieszczenia biurowe i socjalne,
- Odwołujący posiada własne pomieszczenia biurowe i sprzęt maszynowy,
- lokale mieszkalne pracowników znajdują się w niedalekiej odległości od inwestycji, co

znacznie obniża koszt pracy o koszty najmu, delegacji, koszty transportu sprzętu ciężkiego,

- wieloletnia współpraca z dostawcami materiałów budowlanych takich jak kruszywa, cementy, materiały betonowe wibroprasowane oraz z dostawcami paliw skutkuje osiągnięciem korzystnych rabatów cenowych i zadawalających warunków współpracy, a które na skutek rozwoju przedsiębiorstwa wynikają ze znacznych, stale rosnących zamówień i zapotrzebowań,
- Odwołujący posiada własne środki transportu (samochody ciężarowe), koparko-ładowarki, ładowarki, zagęszczarki, walce, równiarki, spycharki, rozkładarki, chwytak do maszynowego układania kostki brukowej, które są w pełni zamortyzowane,
- wszystkie prace brukarskie są wykonane specjalistycznymi chwytakami co bardzo przyspiesza pracę i eliminuje zaangażowanie czynnika ludzkiego. Przy pomocy nowoczesnych chwytaków do kostki brukowej dwie osoby tj. operator koparki i brukarz mogą ułożyć około 500 m² w ciągu dnia pracy. Zastosowanie takiego chwytaka bardzo poprawia wydajność i ekonomiczność pracy. Brak potrzeb wynajmu sprzętu pozwala na znaczne obniżenie kosztów,
- Odwołujący posiada własną wytwórnię betonów dzięki temu jest w stanie w niskiej cenie dostarczyć beton towarowy na budowę własnymi środkami transportu.

Jednocześnie pracownicy Odwołującego są zatrudnieni na umowę o pracę, gdzie wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe wskazania umożliwiły Odwołującemu zastosowanie indywidualnej kalkulacji w pozycjach kosztorysowych. Ponadto Odwołujący pozyskał od Zamawiającego kosztorysy inwestorskie z rozwinięciem nakładów na wniosek dopiero w dniu 26.10.2022 r. Po ich analizie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający również dokonywał zmian w nakładach KNR, stosując własne, indywidualne rozwiązania, choćby na przykład:

Kosztorys Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie - działka nr 1/14 droga gminna - ul. Fabryczna w Żninie łącznik

Poz. nr 4.3

Poz 1.2 KNNR N006-01-09-02-10 oryginał brzmi tak: Podbudowa betonowa B-7,5 szer. 2,5 grub 15 cm z pielęgnacją piaskiem i wodą: nakład betony zwykłe z kruszywa naturalnego 0,15230 m³

Zamawiający zmienił ręcznie pozycję na:

Poz. 1.2 KNNR N006-01-09-02-10 Podbudowa betonowa B-7,5 szer 2,5 grub 10 cm

z pielęgnacją piaskiem i wodą ale nakłady się nie zmieniły pozostało: nakład betony zwykłe z kruszywa naturalnego 0,15230 m³ (prawidłowo winno być 0,10 m³).

Kosztorys Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie, droga gminna - ul. Fabryczna w Żninie /od DW 251 do wjazdu do

pepsico/

Poz. A 1 9 KNR 231-20-06-06-00 Frezowanie nawierzchni asfaltowej grub 6 cm

z odwiezieniem: nakład robotnik budowlany r-godz = 1,2

Zamawiający zmienił ręcznie pozycję na:

Poz. A 1 9 KNR 231-20-06-06-00 oryginał brzmi tak: Frezowanie nawierzchni asfaltowej grub. 3 cm z odwiezieniem: nakład robotnik budowlany r-godz = 0,3.

Kolejną kwestią, którą podkreślił Odwołujący jest kwesta nieporównywalności kosztorysów złożonych przez poszczególnych wykonawców, jeśli chodzi o prezentację nakładów. Przy porównaniu kosztorysu Odwołującego i kosztorysu Wykonawcy, który został wybrany, występują następujące różnice, i tak dla poz. KNNR n006-01-09-02-10 Podbudowa betonowa Bm-7,5-9,0 MPA grub 10 cm z pielęgnacją (piaskiem i wodą). Odwołujący podał nakłady zgodnie z KNNR, podczas gdy Kowalski Sp. z o.o. w swoim kosztorysie podaje tylko: robotnik budowlany, betony zwykłe z kruszywa naturalnego, woda przemysłowa, materiały pomocnicze oraz walec wibracyjny samojezdny 5 Mg. Powyższe wykazuje, że w wyniku świadomego działania Zamawiający doprowadził do postawienia wymogów ilościowych, które nie były możliwe do odkodowania przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zatem nie jest możliwe wyciąganie z tego tytułu

negatywnych konsekwencji w stosunku do tylko jednego wykonawcy, przymykając oko na te same wady u innych.

Odwołujący wskazał, iż przy cenie ryczałtowej tak naprawdę badanie pojedynczych nakładów nie jest konieczne, bo wystarczy ocenić całą pozycję przedmiarową, a po podzieleniu jej przez m2 lub inną jednostkę miary otrzymujemy cenę wykonania danego elementu robót. Podkreślał, że Odwołujący kalkulował koszty i nakłady adekwatne do własnych możliwości sprzętowych i organizacyjnych. Wskazał, że wiele katalogów z zasady przewiduje prace wykonywane ręcznie, a także przy użyciu technologii, które współcześnie już nie są wykorzystywane lub są przestarzałe. Wydawcy katalogów obecnie nie dokonują aktualizacji norm technologii, czy materiałów i w wielu przypadkach niestety trzeba normy ich zużycia określać samodzielnie. Obecnie przy powszechnym wykorzystaniu specjalistycznych narzędzi i sprzętu standardem jest korygowanie norm czasu pracy. Dlatego też w zakresie kosztorysów ofertowych nakłady jednostkowe roboczo-godzin robotnika budowlanego zostały obniżone w stosunku do nakładów robocizny w KNR na takie, które odpowiadają dzisiejszym realiom, w oparciu o 20-letnie doświadczenie Odwołującego w zakresie wykonywania robót budowlanych, biorąc pod uwagę rzeczywiste normy czasu pracy swoich pracowników, a także specyfikę pracy u tego konkretnego Zamawiającego, dla którego Odwołujący wykonał już wiele zamówień i wszystkie zostały odebrane, i ocenione jako wykonane należyście.

Ponadto wskazał, iż Zamawiający przewiduje, że na wykonanie zadania potrzeba 32 848,14 r-bh, przy założeniu, że zamówienie ma być wykonane w ciągu 14 miesięcy, oznacza, że codziennie przy wykonywaniu tego zadania musiałoby pracować 14-stu robotników (od pn. do pt. po 8 h). Odwołujący wykonuje te prace ekipami 7-8 osobowymi, ponieważ wykorzystuje specjalistyczny sprzęt, dlatego nakłady zostały zmniejszone o ok. 12 295 r-g.

Odwołujący wskazał, iż w zakresie wynikającej z SWZ ceny ryczałtowej 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.

Odnosnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Wykonawca udzielił wyjaśnień zgodnie z тезami zawartym w wezwaniu do wyjaśnień. Ponadto do oceny sprawy, co do części uzasadniającej przedmiotowy zarzut, mają także zastosowanie argumenty z części dotyczącej zarzutów pkt 1 i 2., przy czym nie zostały one ponownie przytaczane, by ograniczyć obszerność wywodów. Odwołujący podniósł, że pozycje kosztorysu, których dotyczyło wezwanie do udzielenia wyjaśnień, nie były niedoszacowane, a dalej rażąco niskie, czy też mogły doprowadzić do niedoszacowania ceny oferty. Wartość oferty Odwołującego nie przekracza różnicy 30% w stosunku do kosztorysu inwestorskiego ani średniej wartości ofert. Ponadto wartość oferty Odwołującego jest niższa o ok. 10 % od wartości oferty Kowalski Budownictwo sp. z o.o. Nakłady jednostkowe nie przesądzą zaś o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym wartość całkowita przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, jest on w stanie zrealizować zamówienie z należytą starannością i zgodnie z wymaganiami SWZ za oaoferowaną cenę, której elementy są realne i stanowią odniesienie do cen rynkowych. Gdyby Zamawiający prawidłowo sformułował swoje oczekiwania oraz prawidłowo ujął w uzasadnieniu swoje wątpliwości, w tym odniósł się nie tylko do wyjaśnienia nakładów, ale również zawnioskował o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, wówczas Odwołujący miałby szansę przedłożyć stosowane dokumenty na potwierdzenie, że jego cena jest rynkowa i jest w stanie wykonać swoje zobowiązanie umowne. Natomiast w kontekście przytoczonych w pkt. 1 i 2 argumentów działania Zamawiającego należy ocenić jako przykład kreatywnego poszukiwania argumentów polegających na wychwytywaniu pojedynczych błędów (błędów tylko w ocenie Zamawiającego), oderwanych od oceny całej oferty.

Odwołujący odpowiedział na wniosek Zamawiającego w zakresie, w którym był wyzywany. Skoro nie był wyzywany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i przedstawienia dowodów, to takich informacji i dokumentów nie załączył. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że Odwołujący nie manipulował poziomem nakładów r-g, tylko je realnie ocenił, tj.: Odwołujący wykonuje prace objęte zakresem zamówienia ekipami 7-8 osobowymi, ponieważ wykorzystuje specjalistyczny sprzęt, dlatego nakłady zostały zmniejszone o ok. 12 295 r-g w stosunku do podanych przez Zamawiającego 32 848,14 r-g (choć liczba ta nie padła nigdy w żadnym dokumencie opisującym przedmiot zamówienia na etapie składnia ofert).

Uzasadniał, że wydajność pracowników jest rzeczą indywidualną i o ile te wartości mają swoje oparcie faktyczne, Zamawiający nie ma podstaw do ich kwestionowania. W przedmiotowym przypadku Zamawiający przyjmował oferty od Odwołującego z identycznym rozliczeniem nakładów, a następnie odbierał w terminie wykonane prace, tj.

w zamówieniach dotyczących:

- 1) przebudowy ul. Czarnieckiego w Żninie,
- 2) Przebudowy ul. Zielnej, Cisowej i Świerkowej w Żninie.

Ponadto skoro Zamawiający nie zamieścił kosztorysów inwestorskich z rozwinięciem nakładów, a jedynie przedmiar w wersji uproszczonej, bez rozwinięcia nakładów, to nie może domagać się, aby takie nakłady prawidłowo „odgadywali” Wykonawcy.

Odwołujący załączył wszystkie wymagane kosztorysy, które sporządził zgodnie z pkt 3, 5, 10 rozdziału VII części III SWZ.

Odwołujący nadmieniał, iż występował w wielu postępowaniach prowadzonych przez tego Zamawiającego. W kilku z postępowań Zamawiający zwracał się o wyjaśnienie w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wtedy wezwania te były sformułowane wprost i nie budziły wątpliwości czego dotyczą. Już z samego tytułu wynikało, że Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwanie w niniejszym postępowaniu dotyczyło w interpretacji Odwołującego treści oferty. Mając doświadczenie z wcześniejszych wezwań, Odwołujący nie przypuszczał nawet, że wskazywane wezwanie zostało sformułowane w tak nieprecyzyjny sposób. W związku z tym udzielił takich wyjaśnień jakich w jego odczuciu oczekiwał Zamawiający. O tym, że wezwanie dotyczyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący dowiedział się faktycznie dopiero z informacji o odrzuceniu jego oferty. Brak precyzji Zamawiającego nie może stanowić o negatywnych konsekwencjach dla Wykonawcy. Zamawiający nie może formułować swoich pytań w sposób wskazujący na inne kwestie niż faktycznie chce wyjaśnić. W tym kontekście należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego było co najmniej przedwczesne. Dopiero na podstawie udzielonych wyjaśnień, mógłby bowiem Zamawiający podjąć wątpliwość, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutów, o których mowa w punkcie 4. i 5. petitum odwołania Odwołujący podniósł, że nie było podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ oferta ta jest zgodna z treścią SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający w związku z tym nieprawidłowo dokonał wyboru oferty wykonawcy Kowalski Budownictwo sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. W SWZ wykonawcy zostali zobowiązani do dokonania indywidualnej kalkulacji ceny oferty i przedstawienia jej w formie kosztorysów szczegółowych. SWZ nie zawierała żadnych wytycznych do sporządzenia szczegółowej kalkulacji kosztorysu, poza niejednoznacznymi, które przywołano w uzasadnieniu zarzutu pkt 1, 2 i 3. Co więcej, w SWZ zaznaczano, że kosztorys służy Zamawiającemu do weryfikacji oferty, ceny podanej w formularzu ofertowym przez Wykonawcę, która będzie poddana weryfikacji przez Zamawiającego pod kątem dokonania ustaleń, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro z przedłożonych kosztorysów szczegółowych Zamawiający nie wywiódł, że Odwołujący pominął pewne zakresy robót (pozycje przedmiarowe), lub że część pozycji kosztorysowych pozostawała niezgodna z SWZ, to znaczy, że przygotowane kosztorysy ofertowe były zgodne z wymaganiami SWZ, a zatem oferta Odwołującego powinna podlegać dalszej ocenie w ramach prowadzonego postępowania. Czym innym jest natomiast badanie rażąco niskiej ceny, która tak naprawdę nie była nigdy badana i wyjaśniana, a takie wnioski Zamawiający wywiódł z odpowiedzi Odwołującego na wezwanie. Ponadto wezwanie to nie było jednoznaczne i zostało ocenione jako pytanie co do ilości nakładów r-g, a nie badania rażąco niskiej ceny. Pominięcie prawidłowej oferty Odwołującego stanowi o niegospodarnym działaniu Zamawiającego w postępowaniu finansowanym z programu rządowego programu Polski Ład.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający przedstawił szczegółową argumentację na odparcie stanowiska Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość

poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 listopada 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 8 listopada 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 1 września 2020 r. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa ciągu komunikacyjnego pomiędzy ulicą Fabryczną a Przemysłową wraz z przebudową ulic Fabrycznej i Przemysłowej w Żninie.

Zgodnie z częścią II pkt 5 SWZ, przedmiar stanowi wyznacznik do wyceny zakresu robót. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót. Na podstawie podanych katalogów nakładów rzeczowych Zamawiający podaje dane rodzaje robót, którym odpowiadają dane nakłady wskazane w katalogach. Wykonawca nie może dokonywać znacznych zmian w tych nakładach samoczynnie. Powinien w takim przypadku najpierw poinformować Zamawiającego o konieczności dokonania modyfikacji w tym zakresie w ramach zapytań do SWZ, a Zamawiający jeżeli uzna to za zasadne wyrazi taką zgodę. Jeżeli nie, to w przypadku dokonania zmian, może to stanowić przesłankę do odrzucenia oferty. Dotyczy to również nakładów robocizny, sprzętu i materiałów w danej pozycji kosztorysowej.

Zgodnie z częścią III pkt 7 SWZ - Opis sposobu obliczania ceny oferty:

2. Cenę ryczałtową traktować należy jako stałą i niezmienną, ujmującą wszystkie niezbędne określonymi odrębnymi przepisami (podatki, opłaty itp), z zastrzeżeniem zapisów wzoru

umowy.

3. Cenę oferty należy policzyć stosując powszechnie stosowane wzory sporządzania kosztorysów ofertowych na roboty budowlane zgodnie z załączonym przedmiarem robót (z uwzględnieniem zapisów SIWZ w tym zakresie) oraz doliczyć do powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę ryczałtową brutto uwzględniającą wszystkie prace i nałożone obowiązki w dokumentacji postępowania. W ofercie należy podać cenę ogółem (brutto) kompleksowego wykonania zamówienia. Cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji, jak i również nieujęte w dokumentacji projektowej, ale stanowiące integralną część wykonania robót (powiązalność techniczna i technologiczna oczywista) a niezbędne do wykonania zadania (są to m.in.: koszty i wydatki, które mogą być potrzebne na pokrycie wydatków związanych z wykonaniem robót budowlanych, pracami tymczasowymi, ogólnym ryzykiem, obciążeniami i zobowiązaniami wyznaczonymi przez dokumenty przetargowe). Przyjmuje się, że poniesione narzuty z racji ustanowienia robót, zysku i wynagrodzeń za wszystkie zobowiązania są rozdzielone równomiernie na wszystkie stawki jednostkowe. Stawki i ceny muszą być przypisane dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego i w rozumieniu zamawiającego pokrywają również wszystkie inne zobowiązania finansowe, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze robót.

5. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wszelkie zastrzeżenia i uwagi w tym zakresie Wykonawca ma prawo zgłosić Zamawiającemu w trybie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ.

7. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót, z uwzględnieniem zapisów SWZ w tym zakresie. Jeżeli natomiast w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczeniach uznał nieprawidłowości, to o wszelkich zmianach Wykonawca może dochodzić procedurą pytań do SWZ.

10. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą szczegółową i musi on bezwzględnie zawierać wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót (dokładny opis i ilość robót), zgodnie z pozostałymi zapisami SWZ w tym zakresie. Pomimo, że wartość kosztorysowa przeniesiona do formularza ofertowego (po uwzględnieniu ewentualnego rabatu), jeżeli taki będzie traktowana jest jako ryczałt, to w przypadku stwierdzenia niezgodności kosztorysu z przedmiarem oferta podlegać będzie odrzuceniu (przy uwzględnieniu zastosowania instytucji poprawiania omyłek zgodnie z zapisami ustawy PZP oraz zapisów SWZ w tym zakresie). Wszystkie wartości w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena powinny być wyliczone z dokładnością dwóch miejsc po przecinku.

Kosztorys ofertowy wykonany w sposób szczegółowy ma na celu spełnienie m.in. następujących funkcji:

- będzie stanowił wyznacznik do rozliczeń finansowych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych oraz odstąpienia od umowy przez Wykonawcę bądź Zamawiającego,
- służy Zamawiającemu do weryfikacji oferty, ceny podanej w formularzu ofertowym przez Wykonawcę, która będzie poddana weryfikacji przez Zamawiającego pod kątem dokonania ustaleń czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- Stanowi element pomocniczy we wszelkich rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą i podwykonawcami (w przypadku wystąpienia podwykonawców lub /i dalszych podwykonawców w postępowaniu).

Kosztorys nie podlega uzupełnieniu w przypadku niezłożenia wraz z ofertą lub złożenia w formie uproszczonej.

Załącznik nr 5 do SWZ, stanowiły postanowienia wzoru umowy.

Zgodnie z § 2:

1. Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie

ryczałtowe zgodnie ze złożoną ofertą w wysokości.....

2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

11. W przypadku rozbieżności w dokumentach wiążące są zapisy wg następującej hierarchii dokumentów:

1) dokumentacja projektowa z uwzględnieniem wyjaśnień udzielanych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB),

3) przedmiar robót.

13. Przedmiar robót ma charakter pomocniczy, co oznacza, że w przypadku, gdy dany rodzaj robót lub ich obmiar lub ich zakres został ujęty w dokumentacji projektowej lub w STWiORB - wykonawca zobowiązuje się wykonać wskazany tam rodzaj robót lub ich obmiar lub ich zakres zgodnie z dokumentacją projektową lub STWiORB w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, nawet jeżeli dany rodzaj robót lub ich obmiar lub ich zakres nie został ujęty w przedmiarze robót.

Zgodnie z § 5 ust. 1 lit. n wzoru umowy, Strony przewidują możliwość wprowadzenia zmian postanowień Umowy, zgodnie z treścią ustawy Pzp oraz w następujących okolicznościach: jeżeli umożliwi to aktualny stan zasad realizacji Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych i Zamawiający w związku z tym będzie mógł dokonać zmiany zakresu realizacji zadania stanowiącego przedmiot umowy, to strony mogą dokonać zmiany umowy i zmienić zakres realizacji zgodnie z podziałem na zadania - kosztorysy ofertowe określone w treści formularza ofertowego, i wynagrodzenie zostanie określone zgodnie z danym zakresem określonym w formularzu ofertowym (jeden z czterech kosztorysów ofertowych). W takim przypadku zmianie ulegnie termin realizacji zadania, który zostanie ustalony przez strony umowy adekwatnie do danego zakresu robót do wykonania w porównaniu z całym zakresem zadania.

Zgodnie z § 5 ust. 6 wzoru umowy, w przypadku niewykonania całości świadczenia wykonawcy wynikającego z dokumentacji projektowej wskazanej oraz STWiORB, strony przewidują, że wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmniejszeniu o wartość prac

niewykonanych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 3 trzech wykonawców, w tym Odwołujący z ceną 4 168 659,79 zł. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 5 378 598,37 zł. Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła 5 755 081,40 zł. Oferta Odwołującego nie odbiegała od wysokości wskaźników określonych art. 224 ust. 2 ustawy Pzp obligujących Zamawiającego do przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny.

W dniu 30 września 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie:

1. kosztorysu ofertowego "Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie-działka nr 1/14 droga gminna -ul. Fabryczna w Żninie łącznik" - poz. A2 2, 3, 4, 5;
2. kosztorysu ofertowego: "Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie, droga gminna -ul. Fabryczna w Żninie /od DW 251 do wjazdu do Pepsico" - poz. A1 9, A3.1 2, A3.1 3 oraz A3.1 4;
3. kosztorysu ofertowego: „Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Przemysłowej w Żninie, droga gminna -ul. Przemysłowa w Żninie /od DW251 do ul. Słonecznej/" - A4 40, A5 40 oraz 12;
4. kosztorysu ofertowego: "Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną" - 29, 46, 48 i 49.

Zamawiający wskazał w szczególności, że przywołane powyżej pozycje kosztorysowe wyraźnie odzwierciedlają dysproporcje w planowanych nakładach, w tym finansowych, co zważywszy na charakter, rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, że zaferowana cena budzi wątpliwości, czy Wykonawca będzie mógł w pełni zrealizować wszystkie postawione wymagania w zakresie pełnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający pouczył także Odwołującego o ciążącym na wykonawcy obowiązku wykazania, jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji w aspekcie rzetelności i wiarygodności.

Odwołujący w dniu 6 października 2022 r. przekazał wyjaśnienia w ww. zakresie wskazując w szczególności, że „Istotnym jest, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający wskazał sposób wynagrodzeń jako ryczałtowy, a w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest najważniejsza struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wykonawca kalkulował koszty i nakłady adekwatne do własnych możliwości sprzętowych i organizacyjnych. Niestety wiele katalogów z zasady przewiduje prace wykonywane ręcznie a także przy użyciu technologii, które współcześnie już nie są wykorzystywane lub są przestarzałe. Wydawcy katalogów obecnie nie dokonują aktualizacji norm technologii czy materiałów i w wielu przypadkach niestety trzeba normy ich zużycia określać samodzielnie. Obecnie przy powszechnym wykorzystaniu specjalistycznych narzędzi i sprzętu należy skorygować normy czasu pracy zamiast sztucznie obniżać stawkę robocizny. Dlatego też w zakresie kosztorysu ofertowego „Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie - działka nr 1/14 droga gminna - ul. Fabryczna w Żninie łącznik pozycja kosztorysowa A2 2,3,4,5 w zakresie kosztorysu ofertowego: „Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Fabrycznej w Żninie, droga gminna - ul. Fabryczna w Żninie (od DW 251 do wjazdu do Pepsico) pozycja kosztorysowa A1 9, A3.1 2, A3.1 3, A3.1 4, w zakresie kosztorysu ofertowego: „Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną Przebudowa ul. Przemysłowej w Żninie, droga gminna - ul. Przemysłowa w Żninie (od DW 251 do ul. Słonecznej) pozycja kosztorysowa A4 40, A5 40, 12, w zakresie kosztorysu ofertowego: „Budowa łącznika między ulicą Przemysłową i Fabryczną" pozycja kosztorysowa 29, 46, 48, 49 nakłady jednostkowe roboczo-godzin robotnika budowlanego zostały obniżone w stosunku do nakładów robocizny w KNR, (które nie odpowiadają dzisiejszym realiom) w oparciu o wieloletnie doświadczenie wykonawcy

w zakresie wykonywania robót budowlanych, biorąc pod uwagę rzeczywiste normy czasu swoich pracowników przy użyciu specjalistycznych i nowoczesnych sprzętów niezbędne do realizacji danego zakresu. Tym samym oświadczam, że w swojej ofercie zaoferowałem wykonanie zamówienia w zakresie objętym SWZ, a w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia. Mam nadzieję, że rozwiałem wszelkie Zamawiającego wątpliwości czy będę w stanie w pełni zrealizować wszystkie postawione wymagania w zakresie pełnego przedmiotu zamówienia. Moja kalkulacja została przygotowana w sposób rzetelny i wiarygodny, ponownie dokonałem weryfikacji złożonych kosztorysów i wszystko jest przedstawione prawidłowo."

W dniu 24 października 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Kowalski Budownictwo Sp. z o.o.

Jednocześnie zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający wskazał w szczególności, że przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz potwierdzają, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazane w treści pisma konkretne pozycje kosztorysowe w ocenie Zamawiającego stanowią istotną wątpliwość - ich agregacja stanowi niedoszacowanie wyceny całkowitej i zaoferowanej ceny łącznej, co ma wpływ na łączną oferowaną cenę za przedmiot tego zadania. Ponadto sposób sporządzenia kosztorysów ofertowych budzi wątpliwość co do zgodności z zapisami SWZ - Zamawiający przywołał brzmienie punktu 5 części II specyfikacji.

Zamawiający wskazał, że ustawa Prawo zamówień publicznych umożliwia badanie oferty pod kątem zarówno zgodności z warunkami zamówienia jak i rażąco niskiej ceny nie tylko w przypadku, gdy cena lub koszt wskazane ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości Zamawiającego, ale również wtedy, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne części składowe. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie w całości wyceny przedmiotu zamówienia. Istotność należy więc interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zgodnie z orzecznictwem, również w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego może dojść do pominięcia przez Wykonawcę przy dokonywaniu wyceny jakiegoś konkretnego elementu kosztotwórczego składającego się na wykonanie przedmiotu zamówienia, bądź do nieuzasadnionego obniżenia określonych kosztów, przy jednoczesnym braku możliwości ich pokrycia z innych składników ceny oferty. Jeżeli bowiem niektóre elementy zostały niedoszacowane, może okazać się, że niedoszacowana została cała cena. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do uniemożliwienia Zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy. W związku z tym ocena zaoferowanej ceny ryczałtowej, jakkolwiek powinna uwzględniać charakter tej ceny, nie wyklucza badania prawidłowej wyceny jej części składowych. Wykonawca, chcąc zminimalizować ryzyko odrzucenia jego oferty bądź go uniknąć, powinien udzielić Zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu. W tej kwestii trzeba wyraźnie podkreślić, że ustawodawca przyznał Zamawiającemu pełne prawo do przeprowadzenia procesu badania i analizy zaoferowanej ceny niezależnie od form ustalania wynagrodzenia ryczałtowego, czy kosztorysowego. W tym konkretnym stanie faktycznym Zamawiający nie pozostawił wszystkim potencjalnym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie żadnych wątpliwości - wyraźnie i precyzyjnie określając rangę i funkcję jaką mają pełnić wymagane kosztorysy, co więcej narzucając im konkretną - wymagalną formę, co jasno odzwierciedlają wszystkie zapisy zawarte w specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający uzasadniał, że w przypadku oferty Odwołującego przywołane w treści wezwania pozycje kosztorysowe wyraźnie odzwierciedlają ogromne dysproporcje w nakładach robocizny, co zważywszy na charakter, rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia utwierdzają Zamawiającego w przekonaniu, że Wykonawca nie będzie mógł w pełni zrealizować wszystkich postawionych wymagań w zakresie pełnego przedmiotu zamówienia. Różnica nakładów roboczogodzin w ramach realizacji zadania pomiędzy kosztorysem inwestorskim, a przedłożonym kosztorysem ofertowym wynosi 12.295.13. Wykonawca określił nakład robocizny na poziomie 20.553,01 roboczogodzin, podczas, gdy w KI przewidziane zostało 32.848,14 roboczogodzin. W świetle zaistniałego stanu faktycznego, Zamawiający mając uzasadnione wątpliwości został zobligowany do wdrożenia instytucji wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z wnioskiem o udzielenie pisemnych wyjaśnień.

Zamawiający w treści wezwania w sposób bezsprzeczny wyartykułował dane elementy, aby Wykonawca miał świadomość, jakie wątpliwości Zamawiający powziął, aby umożliwić mu udzielenie odpowiedzi w zakresie adekwatnym do zakresu oczekiwań Zamawiającego. Wykonawca w określonym terminie przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia. Jednak ich treść w zakresie nakładów robocizny prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał,

że zaoferowana cena nie jest rażąco niską. Oczywistym jest, że nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o indywidualne przekonanie strony co do rzeczywistości, dlatego też Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia. Wykonawca jednak nie przedstawił wyczerpującej rzeczowej argumentacji uzasadniającej obniżenie nakładów, poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych oświadczeń - nie obalił domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego cena oferty Wykonawcy została skalkulowana na podstawie niewiarygodnych i nierealnych założeń.

Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie udowodnił zastosowania tak znaczącej manipulacji-obniżenia poziomu nakładów robocizny, nie przedłożył bowiem żadnych kalkulacji porównawczych mogących uwiarygodnić założenia Wykonawcy, odnoszące się do zastąpienia danego poziomu robocizny przez sprzęt. Wykonawca uczynił to na swoją odpowiedzialność i na swoje ryzyko. Zamawiający w sposób transparentny i nie budzący wątpliwości poinformował Wykonawcę w treści wezwania, na jakiej podstawie dokonał oceny, że w poszczególnych pozycjach kosztorysu Wykonawca dokonał niewłaściwych w ocenie Zamawiającego manipulacji poziomami nakładów roboczogodzin. Zamawiający nie poprzestał na ogólnym wskazaniu, że kosztorys nie zawiera odpowiedniej liczby roboczogodzin. Wskazane zostały pozycje kosztorysu, w których stwierdzono rozbieżności, Zamawiający nie posłużył się jedynie lakonicznymi i głoślowymi twierdzeniami. Zamawiający w przedmiarze zawarł odesłanie do odpowiednich KNR. Na podstawie porównania kosztorysu szczegółowego zawierającego odpowiednie KNR wymienione w przedmiarze robót z wynikającymi z tego założeniami wynikającymi z każdej pozycji Zamawiający powziął przekonanie o nieprawidłowościach w kosztorysie. Zamawiający przeprowadził dokładną analizę porównawczą w stosunku do przyjętych przez Wykonawcę założeń wyceny a założeń, które zdaniem Zamawiającego były obowiązujące i do których wszyscy Wykonawcy mieli się zastosować.

Uzasadniał, że Zamawiający ma bowiem prawo weryfikować kosztorysy ofertowe Wykonawców, ponieważ w przeciwnym przypadku żądanie tego dokumentu byłoby pozbawione sensu. Jego złożenie nie jest celem samym w sobie, między innymi dlatego nie podlega on uzupełnieniu w przypadku nie złożenia z ofertą. W takim przypadku oferta podlega odrzuceniu. To również świadczy o randze tego dokumentu. Wykonawcy nie mogli w sposób dowolny ukształtować ceny oferty, lecz na podstawie załączonego przedmiaru, co zostało podkreślone w treści SWZ. Zamawiający akceptując dowolnie ukształtowane przez Wykonawcę elementy kosztorysu w sposób oczywisty narażałby się na manipulacje z jego strony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający weryfikuje negatywnie wykazanie przez Wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi dokonać oceny złożonych wyjaśnień i na ich podstawie Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, ponieważ nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia nie obejmuje kosztów związanych z koniecznymi nakładami robocizny.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty). To nie Zamawiający ma wykazać nierealność ceny, lecz Wykonawca ma obowiązek wykazania jej realności. Obowiązkiem Zamawiającego jest skrupulatna weryfikacja złożonych wyjaśnień, przede wszystkim w kontekście ich wiarygodności. Zamawiający podkreśla ponadto, że główna zasada udzielania zamówień publicznych - zasada równego traktowania Wykonawców wspólnie z zasadą uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do jednakowego traktowania wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie jest dopuszczalne traktowanie jednego Wykonawcy w sposób preferencyjny w stosunku do innych, ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Generowałoby to złamanie zasady równości. Zamawiający ma obowiązek zagwarantować wszystkim Wykonawcom równe szanse otrzymania zamówienia publicznego. Nie jest więc dopuszczalne przyzwolenie na zastosowanie takich modyfikacji nakładów robocizny, ponieważ to powoduje brak realności wykonania tego zamówienia oraz brak możliwości realnego porównania ofert.

Zamawiający podniósł, że główną przesłanką odrzucenia niniejszej oferty jest fakt jej niezgodności z warunkami zamówienia. Jak powyżej wskazano, w SWZ wyraźnie nadano rangę kosztorysowi ofertowemu i nie ma możliwości, aby Wykonawcy kształtowali w sposób dowolny kalkulowanie ceny realizacji zadania. Zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, że nie złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień lub ich złożenie w zakresie nie potwierdzającym prawidłowe i rzetelne skalkulowanie ceny, w tym w sposób zgodny z SWZ, zobliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, iż zarzuty odwołania zawarte w punktach 1 - 3 petitum odwołania podlegały odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przedmiotem podniesionych zarzutów jest czynność Zamawiającego z dnia 30 września 2022 r. polegająca na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty. W tym dniu Odwołujący powziął wiedzę o powyższej czynności. Tym samym jeżeli w ocenie Odwołującego treść tego wezwania była nieprawidłowa z uwagi na nieprecyzyjny charakter czy też niezgodna z przepisami ustawy Pzp ze względu na skierowanie do Odwołującego łącznego wniosku o wyjaśnienie wyliczenia ceny oferty oraz treści oferty, to Wykonawca powinien w odpowiednim terminie skorzystać ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 515 ust. 2 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący nie zdecydował się zaskarżyć czynności Zamawiającego z dnia 30 września 2022 r. w ustawowym terminie, zatem winien on liczyć się z konsekwencjami, jakie wiążą się mogą dla wykonawcy z wszczęciem procedury wyjaśnień ceny oferty oraz treści oferty.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia;
- zgodnie z art. 223 ust. 1 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 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana 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;
- zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś w myśl ust. 6 tego przepisu 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;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie było podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności, gdyż

oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba odnieść się do ww. zarzutów łącznie jako, że dotyczą one czynności badania oferty Odwołującego pod kątem zaistnienia podstaw odrzucenia wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 ustawy Pzp, opartych na wspólnych i skorelowanych ze sobą okolicznościach faktycznych.

W ocenie Izby rozstrzygnięcie sporu zawisłego między Stronami postępowania odwoławczego wymagało odpowiedzi na dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze rozważenia wymagało, czy w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia dopuszczalne było zmodyfikowanie przez wykonawców zainteresowanych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia nakładów robocizny wynikających z KNR zawartych w załączonych do specyfikacji przedmiarach robót stanowiących wyznacznik do wyceny zakresu robót oraz ustalenie konsekwencji działania wykonawcy niezgodnego z wzorcem zachowania przyjętym w SWZ.

Po drugie rozważenia wymagało, czy Zamawiający pismem z dnia 30 września 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy Wykonawca sprostął nałożonemu przez ustawodawcę obowiązkowi wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do pierwszej - zasygnalizowanej na wstępie - kwestii Izba wskazuje, iż kluczowe znaczenie dla jej rozstrzygnięcia miały postanowienia specyfikacji dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. I tak zgodnie z punktem 7 część III SWZ, cenę ofertową należało obliczyć stosując powszechnie stosowane wzory sporządzania kosztorysów ofertowych na roboty budowlane zgodnie z załączonym przedmiarem robót. Zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową. Sporządzony kosztorys musiał bezwzględnie zawierać wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót (dokładny opis i ilość robót), zgodnie z pozostałymi zapisami SWZ w tym zakresie. Zamawiający postanowił, że pomimo, że wartość kosztorysowa przeniesiona do formularza ofertowego (po uwzględnieniu ewentualnego rabatu), jeżeli taki będzie traktowana jest jako ryczałt, to w przypadku stwierdzenia niezgodności kosztorysu z przedmiarem oferta podlegać będzie odrzuceniu (przy uwzględnieniu zastosowania instytucji poprawiania omyłek zgodnie z zapisami ustawy PZP oraz zapisów SWZ w tym zakresie). Zamawiający określił w specyfikacji warunków zamówienia również funkcje kosztorysu ofertowego, które miał on spełniać w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż kosztorys ofertowy będzie stanowił wyznacznik do rozliczeń finansowych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych oraz odstąpienia od umowy przez Wykonawcę bądź Zamawiającego, służyć Zamawiającemu do weryfikacji oferty, ceny podanej w formularzu ofertowym przez Wykonawcę, która będzie poddana weryfikacji przez Zamawiającego pod kątem dokonania ustaleń czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowił element pomocniczy we wszelkich rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą i podwykonawcami (w przypadku wystąpienia podwykonawców lub /i dalszych podwykonawców w postępowaniu). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że kosztorys nie podlega uzupełnieniu w przypadku niezłożenia wraz z ofertą lub złożenia w formie uproszczonej. Powyższe pouczenie zostało zawarte również we wzorze formularza oferty, który wskazywał na konieczność złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych wykonanych metodą szczegółową zgodnie z przedmiarami (4 szt.). Jednocześnie §19 ust. 5 wzoru umowy stanowił, że „niniejsza umowa została zawarta zgodnie z ofertą Wykonawcy oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia”, nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby kosztorys ofertowy nie stanowił nawet załącznika do umowy. Ponadto bezsporne było, że Zamawiający przyjął w dokumentach zamówienia ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Mając na względzie powyższe ustalenia Izba doszła do przekonania, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający podniósł sporządzenie kosztorysu ofertowego do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty. Zamawiający, niezależnie od wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia, oczekiwał wyceny w ramach ceny oferty pozycji przedmiarów, które załączył w tym celu do SWZ. Zamawiający wymagał zatem od potencjalnych wykonawców zamówienia wyceny takiego samego zakresu zadania udokumentowanego złożonymi kosztorysami. Przyjętej w specyfikacji rangi kosztorysu w ocenie Izby nie negują postanowienia § 2 ust. 13 wzoru umowy, które rozstrzygają kwestię zakresu zobowiązania wykonawcy w przypadku wystąpienia rozbieżności między dokumentacją projektową lub STWiORB a przedmiarem robót, w sytuacji gdy nie zostaną one wyjaśnione przed upływem terminu składania ofert zgodnie z procedurą zawartą w punkcie 7 część III SWZ. Roli kosztorysu stanowiącego treść oferty nie podważa również jedna z funkcji wskazana w specyfikacji, zgodnie z którą dokument ten stanowił element pomocniczy we wszelkich rozliczeniach pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą i podwykonawcami (w przypadku wystąpienia podwykonawców lub /i dalszych podwykonawców w postępowaniu).

Kluczowe znaczenie w okolicznościach niniejszej sprawy ma punkt 5 część II specyfikacji, stanowiący podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z tym postanowieniem „przedmiar stanowi wyznacznik do wyceny zakresu robót. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót. Na podstawie podanych katalogów nakładów rzeczowych Zamawiający podaje dane rodzaje robót, którym odpowiadają dane nakłady wskazane w katalogach. Wykonawca nie może dokonywać znacznych zmian w tych nakładach samoczynnie. Powinien w takim przypadku najpierw poinformować Zamawiającego o konieczności dokonania modyfikacji w tym zakresie w ramach zapytań do SWZ, a Zamawiający jeżeli uzna to za zasadne wyrazi taką zgodę.

Jeżeli nie, to w przypadku dokonania zmian, może to stanowić przesłankę do odrzucenia oferty. Dotyczy to również nakładów robocizny, sprzętu i materiałów w danej pozycji kosztorysowej.” Z powyższego wynika zatem, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady niedopuszczalne było dokonywanie znacznych zmian w nakładach wynikających z KNR, w tym dotyczących m.in. robocizny. Jednocześnie Zamawiający przewidział określoną procedurę w przypadku, gdy wykonawca dostrzeże potrzebę modyfikacji nakładów wynikających z KNR. W takiej sytuacji wykonawca powinien poinformować Zamawiającego o konieczności dokonania modyfikacji w danym zakresie w ramach zapytań do specyfikacji, a o jej zasadności decydował Zamawiający wyrażając zgodę lub nie. Jednocześnie brak zgody Zamawiającego oraz dokonanie znacznych zmian przez wykonawcę w kalkulacji mogło stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania. Jak wyjaśnił w toku rozprawy Zamawiający, dokonanie zmian mogło stanowić przesłankę odrzucenia oferty, jeśli miało charakter znaczny. W przypadku zmian nieznacznych, mało istotnych, Zamawiający każdorazowo oceniał, czy zmiana nakładów stanowiła podstawę odrzucenia oferty czy też nie. Konkludując powyższy wywód, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu oprócz podniesienia kosztorysów ofertowych do rangi treści oferty, Zamawiający nałożył na wykonawców również obowiązek sporządzenia kosztorysów według ściśle określonych zasad mających zastosowanie do wszystkich potencjalnych wykonawców, według których co do zasady niedopuszczalna była ingerencja w zakres robót umieszczonych w przedmiarze oraz ilości nakładów wynikających z norm KNR (robocizna, materiały, sprzęt).

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, który wielokrotnie w treści odwołania akcentował, że Zamawiający nie podał w przedmiarach, jakie nakłady zastosował, zatem wykonawcy nie mogli się ich domyślać. Wskazać należy, iż Zamawiający udostępniając wykonawcom jako element SWZ przedmiary robót podał odpowiednie KNR, w ramach których określone zostały odpowiednie nakłady rzeczowe robocizny, materiałów oraz sprzętu niezbędne do wykonania jednostki przedmiarowej. Powyższe potwierdził zresztą sam Odwołujący wskazując w toku rozprawy, że KNR określa opis pozycji oraz ilość prac, a także nakłady. Jakkolwiek Odwołujący twierdził, że wielkości nakładów mogą się różnić w zależności od danego producenta, czy też programu kosztorysowego, to powyższych twierdzeń wbrew regule dowodowej określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie udowodnił. Jednocześnie nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego, który argumentował, że nakłady bez względu na rodzaj oprogramowania będą takie same, a różnice mogą dotyczyć tzw. dodatków, ale są one nieznaczne.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy w istocie okolicznością bezsporną było, że Odwołujący w złożonych kosztorysach ofertowych dokonał zmian w zakresie ilości nakładów robocizny przez ich znaczące zaniżenie względem wynikających z zawartych w przedmiarach KNR, załączonych do SWZ, co było niezgodne z instrukcją określoną w punkcie 5 część II SWZ. Powyższe potwierdził Odwołujący w złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach treści oferty i poziomie ceny wskazując w piśmie z dnia 6 października 2022 r.: „nakłady jednostkowe roboczo-godzin robotnika budowlanego zostały obniżone w stosunku do nakładów robocizny w KNR, (które nie odpowiadają dzisiejszym realiom) w oparciu o wieloletnie doświadczenie wykonawcy w zakresie wykonywania robót budowlanych, biorąc pod uwagę rzeczywiste normy czasu swoich pracowników przy użyciu specjalistycznych i nowoczesnych sprzętów niezbędne do realizacji danego zakresu.” Tożsame stanowisko Odwołujący zaprezentował na str. 15 odwołania wskazując, iż „Dlatego też w zakresie kosztorysów ofertowych nakłady jednostkowe roboczo-godzin robotnika budowlanego zostały obniżone w stosunku do nakładów robocizny w KNR na takie, które odpowiadają dzisiejszym realiom, w oparciu o 20-letnie doświadczenie Odwołującego w zakresie wykonywania robót budowlanych, biorąc pod uwagę rzeczywiste normy czasu pracy swoich pracowników, a także specyfikę pracy u tego konkretnego Zamawiającego (...).” Podobnie Odwołujący twierdził na str. 11 odwołania. Podkreślenia wymaga, iż na etapie postępowania odwoławczego Wykonawca nie kwestionował, że przyjęte do kalkulacji ceny oferty zmiany dotyczące ilości nakładów robocizny były nieznaczne, to też Izba uznała przedmiotową okoliczność za przyznaną. Odwołujący nie twierdził również, że zastosował się do instrukcji określonej w punkcie 5 części II SWZ, w tym zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem uzasadniającym obniżenie nakładów robocizny dla spornych pozycji kosztorysów ofertowych. Niewątpliwie działanie Odwołującego polegające na przyjęciu do kalkulacji ceny oferty ilości nakładów robocizny

odmiennych od wynikających z KNR zawartych w dołączonych do specyfikacji przedmiarach stanowiło własną decyzję biznesową Wykonawcy, która kolidowała z wymogami Zamawiającego zawartymi w punkcie 5 część II specyfikacji. Wskazać należy, iż zapisy SWZ były równe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i nie zostały podważone przed upływem terminu składania ofert. Zatem przekazanie wykonawcom przedmiarów zawierających odniesienie do kodu (numeru) KNR, stanowiących załącznik do SWZ i przyjęcie oraz zaakceptowanie ich przez wykonawców, nie stwarza podstaw, by na etapie postępowania odwoławczego można było je skutecznie kwestionować. Wykonawca przystępujący do postępowania zobowiązany jest złożyć ofertę zgodną z warunkami zamówienia. Wątpliwości wykonawcy mogą być wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do zamawiającego, jak też czynność ta może zostać podważona w postępowaniu odwoławczym.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa. Nie budzi wątpliwości, że odrzucenie oferty na ww. podstawie prawnej ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Taka sytuacja zaistniała w okolicznościach przedmiotowej sprawy, bowiem Odwołujący wbrew wiążącym postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia nie ujął w kalkulacji pełnego zakresu zadania obejmującego całość kosztów związanych z koniecznymi nakładami robocizny przyjętymi przez Zamawiającego dla poszczególnych jednostek przedmiarowych stanowiących wyznacznik kalkulacji ceny. Tym samym oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W końcu powyższego wyводу Izba wskazuje, że kwestia badania oferty najkorzystniejszej nie stanowiła przedmiotu rozpoznania, bowiem czynnością kwestionowaną przez Odwołującego była czynność odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia drugiej kwestii Izba wskazuje, iż nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Odwołującego, który twierdził, że pismem z dnia 30 września 2022 r. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, lecz do wyjaśnienia treści oferty dotyczącej ilości nakładów przewidzianych do realizacji w określonych pozycjach kosztorysów ofertowych. W ocenie Izby przeczy temu całościowa analiza wezwania Zamawiającego, w którym - wbrew twierdzeniom Odwołującego - podano nie tylko podstawę prawną wezwania, tj. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale w uzasadnieniu wskazano, że wylistowane pozycje kosztorysowe stanowiły istotną wątpliwość, gdyż zdaniem Zamawiającego „ich agregacja może stanowić niedoszacowanie wyceny całkowitej

i zaoferowanej ceny łącznej, co może mieć wpływ na łączną oferowaną cenę za przedmiot tego zadania”. Ponadto uzasadniając skierowane wezwanie Zamawiający podał, że „Przywołane powyżej pozycje kosztorysowe wyraźnie odzwierciedlają dysproporcje w planowanych nakładach, w tym finansowych, co zważywszy na charakter, rozmiar i złożoność przedmiotu zamówienia utwierdzają Zamawiającego w przekonaniu, że zaoferowana cena budzi wątpliwości, czy Wykonawca będzie mógł w pełni zrealizować wszystkie postawione wymagania w zakresie pełnego przedmiotu zamówienia.” Jednocześnie w rzeczonym piśmie Zamawiający pouczył Odwołującego, iż „To na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji w aspekcie rzetelności i wiarygodności. Biorąc pod uwagę naczelną zasadę równego traktowania wykonawców, na tym etapie postępowania w oparciu o analizę kosztorysów złożonych przez pozostałych Wykonawców zachodzi uzasadniona konieczność złożenia wyjaśnień służących również Wykonawcy do zrewidowania przedstawionej i zaoferowanej kalkulacji szczegółowej.” Zamawiający nadto wskazał, że „Nie złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień lub ich złożenie w zakresie nie

potwierdzającym prawidłowe i rzetelne skalkulowanie ceny, w tym w sposób zgodny z SWZ, zobliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy.” Niewątpliwie zatem lektura wezwania Zamawiającego z dnia 30 września 2022 r. potwierdza, że jego przedmiotem było m.in. wyjaśnienie ceny oferty w zakresie wymienionych pozycji kosztorysowych. O tym, że Odwołujący prawidłowo odkodował treść skierowanego do niego wezwania świadczą także wyjaśnienia Wykonawcy, który w końcowej części pisma z dnia 6 października 2022 r. podał, iż „Tym samym oświadczam, że w swojej ofercie zaoferowałem wykonanie zamówienia

w zakresie objętym SWZ, a w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania

zamówienia. (...) Moja kalkulacja została przygotowana w sposób rzetelny i wiarygodny, ponownie dokonałem weryfikacji złożonych kosztorysów i wszystko jest przedstawione

prawidłowo." W tym miejscu Izba wskazuje, że za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sprawy uznaje złożone przez Odwołującego wnioski dowodowe w postaci wezwań kierowanych do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wystosowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie zatytułował pisma z dnia 30 września 2022 r. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny” jak czynił to w innych postępowaniach pozostaje irrelevantna, bowiem nie nazwa pisma, czy jego nagłówek, lecz treść wskazują na jego charakter. Ponadto jak już wskazano powyżej, jeżeli skierowane do Odwołującego wezwanie z dnia 30 września 2022 r. budziło wątpliwości Wykonawcy z uwagi na jego nieprecyzyjny charakter, to Wykonawca nie powinien pozostawać bierny wobec czynności Zamawiającego i skorzystać ze środków ochrony prawnej celem ochrony własnych interesów. Jednocześnie dostrzec należy, iż w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący sformułował zarzut naruszenia „art. 224 ust. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego łącznego wniosku o wyjaśnienie wyliczenia ceny oferty oraz treści oferty, a następnie wywodzenie z tego wezwania, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny”, co jedynie dodatkowo potwierdza, że stanowisko Odwołującego jakoby nie został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty stanowiło wyłącznie strategię procesową z uwagi na negatywne skutki nie sprostania ciężarowi wykazania, że cena oferty Wykonawcy nie jest rażąco zaniżona.

Przechodząc następnie do oceny wyjaśnień dotyczących poziomu ceny złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 6 października 2022 r. wskazać należy, iż dokonana przez Zamawiającego ocena tych wyjaśnień była prawidłowa, bowiem złożonymi wyjaśnieniami Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska.

Na wstępie Izba wskazuje, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia irrelevantny jest argument Odwołującego dotyczący braku ustawowego obowiązku zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia poziomu ceny z uwagi na to, że nie zostały spełnione wskaźniki, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż skierowane do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień ceny uzasadnione było wątpliwościami Zamawiającego w zakresie przyjętych przez Wykonawcę nakładów dotyczących robocizny w przypadku kilkunastu pozycji kosztorysów ofertowych, których agregacja mogła - w ocenie Zamawiającego - stanowić niedoszacowanie wyceny całkowitej oferty, co wprost wynika z pisma z dnia 30 września 2022 r. Bez znaczenia jest również argumentacja dotycząca ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w kontekście wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie stanowi przeszkody w badaniu prawidłowej wyceny oferty oraz jej części składowych. Nie można bowiem wykluczyć, że również w sytuacji gdy zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe wykonawca pominie przy kalkulacji określone elementy cenotwórcze, czy też w sposób nieuprawniony obniży określone koszty, których nie będzie w stanie pokryć z innych składników ceny oferty. Z kolei zaniżenie poszczególnych składowych ceny oferty, może powodować niedoszacowanie całej ceny.

Wymaga podkreślenia, iż uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty, bez względu na to czy podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 czy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje doniosłe konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (arg. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieoparte dowodami nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu takich przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie

w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Wykonawca, chcąc wyeliminować ryzyko odrzucenia jego oferty, powinien udzielić zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty nie zasługiwały na pozytywną ocenę, bowiem nie uzasadniały wyceny pozycji kosztorysowych, które budziły wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji nie wyjaśniały ceny oferowanej za realizację przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim podkreślić należy, iż Odwołujący nie wyjaśnił w jaki konkretnie sposób skalkulował cenę oferty w zakresie kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych. Odwołujący nie przedstawił żadnych założeń kalkulacyjnych dotyczących wyceny spornych pozycji kosztorysowych. Nie wskazał żadnych obiektywnych przyczyn uzasadniających znaczne obniżenie przyjętych do obliczenia ceny oferty nakładów robocizny względem nakładów wynikających z KNR zawartych w przedmiarach stanowiących podstawę kalkulacji ceny w świetle wymogów SWZ, przekładających się finalnie na globalną cenę oferty. Nie uwiarygodnił przyjętego założenia odnoszącego się do zastąpienia danego poziomu robocizny wynikającego z KNR przez sprzęt. Z lektury wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika, że Wykonawca wycenił ofertę w oparciu o własne doświadczenie, możliwości sprzętowe i organizacyjne, jak również powoływał się na przestarzałe lub niewykorzystywane obecnie technologie przyjęte przez kosztorysanta Zamawiającego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wymaga podkreślenia, iż gdyby Odwołujący zastosował się do wiążących go postanowień SWZ, w tym punktu 5 część II specyfikacji i wycenił pełny zakres zadania obejmujący nakłady robocizny wynikające z KNR, to zaoferowana przez niego cena oferty byłaby wyższa. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty jako ogólnikowe, pozbawione rzeczowej argumentacji uzasadniającej obniżenie nakładów robocizny przyjętej do kalkulacji ceny, a w konsekwencji nieobalające domniemania zaistnienia ceny rażąco niskiej.

Dalej Izba wskazuje, iż argumentacja Odwołującego zawarta na stronie 13 odwołania dotycząca czynników mających wpływ na możliwość obniżenia kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia oraz założenie Odwołującego jakoby Wykonawca zamierzał wykonać prace objęte przedmiotem zamówienia ekipami 7-8 osobowymi, ponieważ wykorzystuje specjalistyczny sprzęt, co spowodowało obniżenie nakładów o ok. 12 295 r-g, nie mogła zostać wzięta przez Izbę pod uwagę. Wyjaśnić należy, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwym działanie wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, podejmując działania i intensyfikując wysiłek w zakresie przedstawienia stosownych wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe stwierdzić należy, iż Odwołujący nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym istotnych części składowych, przez co nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Kowalski Budownictwo Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 i 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).

Przewodniczący:

