Sygn. akt KIO 35/23

WYROK

z dnia 18 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe GOMIBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Borku Szlacheckim w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa

przy udziale wykonawcy Plus Inwest P. Ż. Sp.J. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Plus Inwest P. Ż. Sp. J. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczonych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez Odwołującego jako wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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 - Zarząd Dróg Miasta Krakowa prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżące utrzymanie drogowych obiektów inżynierskich na terenie Miasta Krakowa w latach 2022 - 2024.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2022/BZP 00443123.

W dniu 3 stycznia 2022r. wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe GOMIBUD Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy Plus Inwest P. Ż. Sp.J. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich (dalej: „Przystępujący") pomimo, że złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w tej ofercie ceny,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Przystępującego, pomimo że w odniesieniu do istotnych pozycji kosztorysu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do danej części przedmiotu zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Przystępującego pomimo że w odniesieniu do istotnych pozycji kosztorysu zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego,

3. nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w dniu 21 grudnia 2022r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny dla określonych pozycji wskazując, że wydają się rażąco niski i budzą wątpliwości.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie w ocenie Odwołującego nie przedstawił rzeczowych i merytorycznych wyjaśnień które mogłyby świadczyć, że przy ustalaniu swoich cen jednostkowych uwzględnił element zwiększania i zmniejszania zakresu robót dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji. Przystępujący nie wyjaśnił merytorycznie zasadności żadnej ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji (brak jest jakichkolwiek wyliczeń kosztorysowych) oraz nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających

proponowane ceny, a tym samym sposób ewidentny nie zastosował się w ogóle do wezwania Zamawiającego.

Według Odwołującego, Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień i dokumentów od Przystępującego powinien był odrzucić jego ofertę w oparciu o art. 224 ust. 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp Odwołujący podniósł, że rozumie pojęcie „błędy w obliczeniu ceny lub kosztu" w taki sam sposób jak KIO zaprezentowała w wyroku z dnia 24 stycznia 2022 r. w sprawie do sygn. akt KIO 34/22 (LEX nr 3317674), tj. przyjmuje w szczególności, że „z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Cena ta została jednak w takim przypadku ustalona prawidłowo, tj. nie zawiera omyłek rachunkowych, w związku z czym zamawiający nie może w nią ingerować. Z tych powodów ustawodawca przesądził, że taką ofertę należy odrzucić".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że „W przedmiotowym postępowaniu została przeprowadzona przez Zamawiającego arytmetyczna weryfikacja ofert w zakresie istnienia konieczności badania rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał badania oferty firmy Plus Inwest w kontekście rażąco niskiej ceny. Nie występowały przesłanki kwalifikujące ww. ofertę jako rażąco niską - kwota oferty przewyższała wartość kosztorysu inwestorskiego; kwota oferty nie była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert pomniejszonych o 30%.

Zamawiający przeprowadził również postępowanie wyjaśniające o jakim mowa w art. 224 ust. 2 Pzp i skierował do firmy Plus Inwest zapytanie (pismo GZ.261.213.2022 z dnia 21.12.2022 r.) dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dla 25 spośród 128 pozycji kosztorysu ofertowego, których wartość była niższa niż 30% wartości kosztorysu inwestorskiego. Odpowiedź udzielona przez Oferenta wyjaśniała ogólnie przyjęte założenia

do określenia wartości wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego. Oferent przedłożył ponadto oferty potencjalnych podwykonawców.".

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że zarzut ten nie odnosi się „do przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, ale do wybranych przez Odwołującego cząstkowych pozycji kosztorysu i ich oceny według skonstruowanych przez Odwołującego kryteriów. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez przedmiar robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót - szczegółowo precyzujące sposób obmiarowania oraz wyceny poszczególnych prac. Powyższe pozwala na precyzyjne wyliczenie ceny jednostkowej dla poszczególnych pozycji. Oferent zgodnie ze SWZ oraz ww. specyfikacjami powinien wycenić poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, a ocenie Zamawiającego podlega cena całkowita oferty. Nie jest możliwe odrębne analizowanie ceny każdej ze 128 pozycji z uwagi gdyż ocenie Zamawiającego podlega zgodnie z SWZ cena ostateczna. W świetle powyższego ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (np. straty na skutek zaniżenia kwoty dla poszczególnych pozycji, ale również zysku w przypadku założenia wyższej kwoty) spoczywa na Oferencie.

Ponadto Zamawiający skierował do firmy Plus Inwest zapytanie (pismo GZ.261.213.2022 z dnia 21.12.2022 r.) dotyczące wyjaśnienia właściwego zrozumienia założeń sposobu obliczania wskazanych w piśmie 11 pozycji kosztorysu ofertowego. W ww. pozycje dotyczą dodatku/różnicy w zakresie zmiany grubości materiałów podlegających wycenie np. grubości powłoki malarskiej, prefabrykowanych elementów itp. W odpowiedzi z dnia 27.12.2022 r. firma Plus Inwest potwierdziła zrozumienie ww. założeń sposobu wyliczania ceny. Nie przedłożyła szczegółowych wyliczeń, ale powyższe nie było przedmiotem zapytania Zamawiającego. W świetle powyższego oświadczenie Oferenta o zrozumieniu przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczania ceny jest jednoznaczne ze świadomością konsekwencji wynikających z przyjętego sposobu kalkulacji, tj. w szczególnych przypadkach, gdy Zamawiający zleci zastosowania materiałów o mniejszej niż „wyjściowa" grubości - będzie to skutkowało wartością ujemną danej pozycji. W tym przypadku również należy podkreślić, że ocenie Zamawiającego podlega cena całkowita oferty, a ryzyko kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego spoczywa na Oferencie. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia przedłożone przez firmę Plus Inwest w dniu 27.12.2022 były wystarczające i pozwoliły na dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.".

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 16 stycznia 2023r. wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że Odwołujący w odwołaniu koncentruje się na gołosłownym i bezpodstawnym wykazaniu braku zrozumienia przez Przystępującego zasad kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych, niezrozumieniu przedmiotu robót przez

jego potencjalnych podwykonawców, a nawet posuwa się do zarzucania potencjalnym podwykonawcom celowego zaniżania ceny, poddaje w wątpliwość kompetencje podwykonawców z uwagi na ich specjalizację oraz koncentruje się na organizacyjnych aspektach funkcjonowania przedsiębiorstwa Przystępującego, którego centrum znajduje się w okolicach Wrocławia, a nie Krakowa, oceniając ofertę Przystępującego z perspektywy monopolisty usług w rejonie Krakowa. Ten fakt ma, w ocenie Odwołującego, przesądzać o tym, że Przystępujący skalkulował swoją ofertę w sposób nieprawidłowy oraz, że nie będzie on w stanie wykonywać umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia w sposób wymagany. Tymczasem Przystępujący to przedsiębiorca z bogatym doświadczeniem.

W związku z bieżącą realizacją podobnych prac, część materiałów potrzebnych na zrealizowanie kontraktów dot. bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich Przystępujący posiada na stanie magazynowym (zostały zakupione z nadwyżką, ale nie zostały w pełni wykorzystane, stąd Wykonawca mógł pozwolić sobie na ceny niższe od konkurencji, ale nie niższe od cen zakupu). Ze względu na fakt, że Przystępujący stale się rozwija i otwiera na realizację kontraktów na terenie całego kraju, podjął decyzję o organizacji bazy magazynowo-sprzętowej w pobliżu miasta Krakowa. Koszt wynajmu miejsca pod taką bazę wynosi ok. 5 000 zł/ miesiąc, a koszty te zostały skalkulowane w cenach jednostkowych w niniejszym postępowaniu. Organizacja bazy pod Krakowem pozwoli w znacznym stopniu ograniczyć koszty paliwa, pracowników, czasu pracy itp. Oprócz tego, aby rzetelnie i terminowo zrealizować kontrakt dla Zamawiającego, przeprowadzone zostały spotkanie biznesowe z zaufanymi partnerami biznesowymi - docelowymi podwykonawcami, a także przed złożeniem ofert zostały rozesłane zapytania do potencjalnych podwykonawców, a zebrane oferty pozwoliły na skalkulowanie należycie oferty. Teza Odwołującego, iż Zamawiający winien podczas badania ofert „porównać każdą pozycję z oferty z cenami jednostkowymi jakie zostały przyjęte w kosztorysie inwestorskim na podstawie analiz rynkowych, wymogów przetargu i fachowej wiedzy jak również ze średnią ceną wszystkich złożonych ofert" jest całkowicie chybiona i nieuzasadniona. Takie podejście jest sprzeczne z zasadami oceny ofert wynikającymi z Pzp, przeczy też zdrowemu rozsądkowi, a w efekcie tak oceniane oferty byłyby nieporównywalne. Ocenie Zamawiającego podlega cena całkowita oferty a ryzyko kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego spoczywa na Oferencie, co tez miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zamieszczając w odwołaniu listę „innych kosztów, które są konieczne do prawidłowej realizacji zadania, natomiast nie zostały ujęte we wzorze kosztorysu jako osobna pozycja" stara się przekonać o swoim profesjonalizmie zakładając przy okazji, że Przystępujący kosztów tych nie zna i na pewno ich nie uwzględnił. Wywody te są gołosłowne i zbędne. Przystępujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego oferta nie była rażąco niska - kwota oferty przewyższała wartość kosztorysu inwestorskiego. Ponadto

kwota oferty nie była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert pomniejszonych o 30%. Co więcej, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla 25 spośród 128 pozycji kosztorysu ofertowego, których wartość była niższa niż 30% wartości kosztorysu inwestorskiego i uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające i prawidłowe.

Według Przystępującego, zakwestionowane składniki ceny stanowią nieistotną część ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, a Odwołujący nie przedstawił argumentacji, którą można by uznać za potwierdzającą istotność tych części składowych dla wyceny całej oferty. W przepisie art. 224 Pzp mowa jest o istotności części składowych ceny oferty dla tej ceny, chodzi więc o istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem. Wobec powyższego, nie sposób na podstawie zakwestionowanych pozycji stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę wynikającą z rażąco niskich istotnych części składowych tej ceny.

W jego opinii odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty, a Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. Przystępujący podkreślił, że w piśmie z dnia 27 grudnia 2022 r. potwierdził także, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena ofertowa obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia łącznie ze wszelkimi kosztami towarzyszącymi jego wykonaniu, w tym zapewnieniu wykonania zamówienia z należytą starannością, umową, powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymogami Zamawiającego. Cena podana w formularzu ofertowym uwzględnia wykonanie wszystkich usług wskazanych w treści oferty. Ostateczna cena oferty wykonawcy jest wynikiem dostępnych Przystępującemu warunków cenotwórczych wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności okolicznościami powodującymi kalkulację ceny na poziomie wskazanym w treści oferty jest posiadanie sprawdzonych podwykonawców w różnych specjalizacjach.

Przystępujący wyjaśnił również, że wycenę poszczególnych elementów oparł na ofertach uzyskanych od dostawców materiałów i usług. Jeżeli więc oferta Przystępującego została sporządzona w oparciu o oferty uzyskane na rynku od specjalistycznych podmiotów, to oznacza, że cena ofertowa odpowiada cenie rynkowej, zatem nie można mieć wątpliwości, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny czy też nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu umowy w realnych cenach rynkowych zgodnie z wymaganiami SWZ, a oferta była niedoszacowana.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp. Izba stwierdziła także, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Plus Inwest P. Ż. Sp.J. z siedzibą w Żernikach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2022r. wezwał Przystępującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny Państwa oferty.

Ceny zaproponowane za realizację poszczególnych elementów składowych przedmiotowego zamówienia w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego tj.:

- poz. 3 Rozebranie nawierzchni bitumicznych (z odwozem i

zagospodarowaniem materiałów z rozbiórki)

- poz. 4 Rozebranie nawierzchni i okładzin powierzchniowych z prefabrykatów

betonowych (z odwozem i zagospodarowaniem materiałów z rozbiórki)

- poz. 5 Rozebranie nawierzchni i okładzin powierzchniowych z elementów

kamiennych (z odwozem i zagospodarowaniem materiałów z rozbiórki)

- poz. 7 Rozebranie liniowych elementów przy obiektowych i wyposażenia -

krawężniki, obrzeża, korytka ściekowe, itp. (z odwozem i zagospodarowaniem materiałów z rozbiórki)

poz. 11 Rozebranie konstrukcji lub innych elementów z drewna (z odwozem i zagospodarowaniem materiałów z rozbiórki)

- poz. 21 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie różnych elementów z betonu

niekonstrukcyjnego C16/20 w deskowaniu

- poz. 22 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie różnych elementów z betonu

niekonstrukcyjnego C16/20 bez deskowania

- poz. 26 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie łączników śrubowych
- poz. 28 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie różnych elementów z cegły
- poz. 31 Dylatacja modułowa o przesuwie 80 + 120 mm włącznie
- poz. 35 Konserwacja dylatacji blokowych
- poz. 46 Instalacja z rur PVC lub PP odprowadzająca wody opadowe poz. 55

Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie balustrad z aluminium zabezpieczonych z zabezpieczeniem powłokami antykorozyjnymi

- poz. 63 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie okładziny kamiennej ścian i

sufitów - demontaż i ponowny montaż okładziny

- poz. 64 Wykonanie, wymiana lub uzupełnienie okładzin z płytek ceramicznych
- poz. 72 Wymiana słupa stalowego ekranu akustycznego
- poz. 74 Wykonanie wykopów w gruncie kat. I-V z odwozem i

zagospodarowaniem materiału z wykopu

- poz. 75 Wykonanie wykopów w gruncie kat. I-V bez odwozu, z

rozplantowaniem lub wbudowaniem materiału z wykopu

- poz. 77 Wykonanie podbudowy/podłoża z kruszywa łamanego

- poz. 87 Wykonanie narzutu kamiennego z kamienia łamanego

- poz. 100 Wykonanie powłoki malarskiej powierzchni betonowych z usunięciem

istniejącej powłoki i przygotowaniem podłoża

- poz. 101 Wykonanie powłoki malarskiej powierzchni betonowych z

przygotowaniem podłoża poz. 102 Hydrofobizacja powierzchni betonowych, kamiennych i ceglanych z przygotowaniem podłoża

- poz. 111 Iniekcja ciśnieniowa rys lub pęknięć w betonie materiałem z żywic w

elementach o grubości 25 cm

- poz. 115 Mycie obiektu lub jego elementów wodą

wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania wymienionych elementów przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Okolicznością, która każe przyjąć takie wątpliwości jest fakt, że cena ofertowa zaproponowana przez Oferenta dla ww. pozycji, tj. jest niższa o co najmniej 30% od wartości ustalonej przed wszczęciem postępowania w kosztorysie inwestorskim dla tych pozycji.

Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że ww. ceny nie są rażąco niskie może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 Pzp. Przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W związku z powyższym zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów jak na wstępie, przypominając jednocześnie, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.”.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Przystępujący w dniu 27 grudnia 2022r. Przystępujący wskazał: „wartość naszej oferty 10 933 322,40 zł. brutto stanowi bilans sprzyjających, wypracowanych przez Wykonawcę optymalnych warunków w zakresie kosztów i czynników cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, w tym dużej dostępności i konkurencyjności w zakresie zakupu usług i materiałów a także sprzyjających warunków pracy.

Ponadto pragniemy zwrócić uwagę, że nasza oferta jest powyżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj. kwoty 9 997 699,31 zł. brutto PLN. Nasza cena stanowi 109,36 % kosztorysu inwestorskiego.

Warto również zaznaczyć, że dwie oferty złożone w niniejszym postępowaniu, znacznie odbiegają od realiów rynkowych, jednocześnie mając wpływ na zawyżoną średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert. Oferty te przewyższają budżet Zamawiającego odpowiednio: o 40,03% i 91,60%.

Jednocześnie Wykonawca informuje, że w wyliczeniu ceny ofertowej uwzględnione zostały wszelkie obowiązki postawione na wykonawcę zamówienia publicznego opisane w dokumentacji przetargowej, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych.

Również przy wyliczeniu ceny oferty została uwzględniona dobra organizacja zarządzania procesem świadczenia usług oraz korzystne warunki ich realizacji na obszarze, na którym wykonywany będzie przedmiot niniejszego zamówienia - o których to czynnikach mowa w art. 224 ust. 3 pkt. 1) i 2) Pzp. Wspomniane czynniki, stwarzają sprzyjające dla Wykonawcy warunki wykonywania zamówienia:

Powyższe czynniki dotyczą:

- Faktu dysponowania przez Plus Inwest P. Ż. sp. jawna własnym transportem, co eliminuje dodatkowe koszty transportu związane ze świadczonymi przez firmę Plus Inwest P. Ż. sp. jawna usługami, w przypadku korzystania

z transportu realizowanego przez podmioty trzecie,

- Faktu dysponowania wykwalifikowanym personelem, który każdorazowo kierowany jest do realizacji zadań w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

- Faktu dysponowania przez Plus Inwest P. Ż. sp. jawna bazą magazynowo – techniczną przystosowaną do realizacji zadań pod względem magazynowania wyposażenia, jak również dysponującą odpowiednimi zasobami transportowymi i materiałowymi.

- Faktu posiadania wieloletniego doświadczenia w prowadzeniu i zarządzaniu kontraktami utrzymania obiektów inżynierskich.

- Faktu współpracy z bezpośrednimi producentami materiałów i surowców a skala dotychczasowych zakupów zapewnia nam atrakcyjne warunki zakupu, rabaty i upusty cenowe.

- Faktu wypracowania modelu zarządzania w firmie co pozwala na ograniczenie obciążenia nowych kontraktów kosztami koordynacji i zarządzania.

- Faktu posiadania możliwości wprowadzenia do realizacji prac doświadczonych Podwykonawców, którzy akceptują realizację usług w cenach zapewniających stronom uzyskanie zadawalającego poziomu zysku, gwarantując jednocześnie należytą realizację przedmiotu zamówienia, co w przełożeniu na realizację prac, daje wymierne możliwości obniżenia kosztów w tym związanych m.in. z:

- zarządzaniem i organizacją budowy,

- organizacją i utrzymaniem zaplecza Wykonawcy,

- kosztami gwarancji i zabezpieczeń i ubezpieczeń,

- logistyką i zakupami materiałów, sprzętu, niezbędnych badań, itp.

- doborem i zatrudnianiem Podwykonawców,

- zatrudnianiem personelu własnego.

Wymienione wyżej czynniki organizacyjno techniczne mają bezspornie istotny wpływ, na faktyczne obniżenie kosztów ponoszonych przez firmę Plus Inwest P. Ż., w zakresie świadczeń dotyczących dostarczania produktów i usług, co stwarza wyjątkowo korzystne warunki realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, informujemy, że kalkulacje dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji przygotowaliśmy w oparciu o wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji przetargowej.

Działając zgodnie z zapisami SWZ, potwierdzamy, że wszystkie podane w naszej ofercie ceny jednostkowe oraz wartości prac zostały skalkulowane z uwzględnieniem kosztów wykonania wszystkich czynności i nakładów określonych w dokumentacji Zamawiającego. Potwierdzamy, że w cenach i wartości naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie potrzebne materiały oraz sprzęt niezbędny do wykonania określonych w dokumentacji przetargowej prac. Również potwierdzamy, że w wyniku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej kadra pracownicza, która zostanie oddelegowana do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę z zachowaniem zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, oraz z zachowaniem zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Dodatkowym elementem pozwalającym na utrzymanie zadawalającego poziomu kosztów jest dysponowanie parkiem maszyn oraz personelem do jednoczesnego, równoległego prowadzenia utrzymania i obsługi obiektów inżynierskich. Pozwala nam to na oferowanie za wykonanie zamówienia cen, które są konkurencyjne, ale nie odbiegają znacząco lub w nienaturalny sposób od cen rynkowych za tego typu świadczenia. Jest to również widoczne w tym postępowaniu.

Jednocześnie wykonawca pragnie nadmienić, że na etapie przygotowania oferty przetargowej, przeprowadziliśmy szereg rozmów z potencjalnymi partnerami biznesowymi. W efekcie tego udało się dokonać wyboru firm do realizacji wykonania zadania na ww. postępowanie.

Dodatkowo na potwierdzenie prawidłowej kalkulacji podanych w ofercie cen i wartości oraz na zaprzeczenie rażąco niskiej ceny dla tych pozycji - w załączeniu przedstawiamy ofertę Podwykonawców Załącznik nr 1 i Załącznik nr 2

Nadmieniamy dodatkowo, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. robociznę, materiał, sprzęt itp.), a także inne czynności opisane w SST (w szczególności oznakowanie robót). Cena jednostkowa jest zgodna ze wskazanymi przez Zamawiającego jednostkami miary. W cenie uwzględniono koszty wynagrodzeń i koszty realizacji zamówienia w zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Podsumowanie:

W kalkulacjach wszystkich cen kosztorysowych składających się na wartość oferty uwzględniono gwarantujący prawidłową realizację prac – poziom cen wszystkich niezbędnych czynników cenotwórczych, uwzględniający wymagania Zamawiającego określone w SWZ oraz obowiązujących przepisach (np. w zakresie zatrudniania i wynagradzania pracowników, uczciwej konkurencji). Nadmieniamy dodatkowo, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk itp.), a także inne czynności opisane w SST.

Podkreślamy, że w cenach jednostkowych elementów składających się na cenę oferty, wycenione zostały wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny wynikające z dokumentacji postępowania jak również bogatego doświadczenia Wykonawcy.

Pragniemy również poinformować, że przewidujemy również możliwość współpracy na w/w zadaniu z podwykonawcami.

Na etapie przygotowania oferty przetargowej, przeprowadziliśmy szereg rozmów z potencjalnymi partnerami biznesowymi. W efekcie tego udało nam się dokonać wyboru kilku firm do współpracy z nami. Podkreślamy, że po podpisaniu umowy wszystkie roboty objęte

kosztorysem ofertowym będą przez nas realizowane w podanych w ofercie cenach jednostkowych.

Podwykonawcy, na bazie ofert dla pozycji kosztorysowych, są podmiotami współpracującymi z Plus Inwest P. Ż. sp. j. od wielu lat na rynku utrzymania obiektów inżynierskich. Pracują z nami na najważniejszych szlakach komunikacyjnych na terenie kraju. Zapewniają wysoki poziom współpracy i jakości wykonywanych usług.

Tym samym, odnosząc się do wskazanych w przywołanym piśmie Zamawiającego czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, należy stwierdzić, że zarówno Oferta jak i wycena PLUS INWEST P. Ż. sp.j. spełniają warunki wymagane przepisami prawa oraz są adekwatne do wyceny wykonania zamówienia zgodnie z SWZ i OPZ, a tym samym nie zawierają Rażąco Niskiej Ceny. Wykonawca informuje, że kalkulacje i wyjaśnienia zostały sporządzone w oparciu o interpretację, wiedzę i zdobyte doświadczenie przez Plus Inwest P. Ż . sp. j.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 Pzp 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. Z ww. przepisów Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny lub kosztu, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena lub koszt nie zostały ustalone na rażąco niskim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne.

W ocenie Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego. Wykonawca ten bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił konkretnych i kompletnych wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, dotyczącym wyjaśnienia istotnych składników ceny, obejmujących 25 pozycji. Ponadto Przystępujący, poza dwoma ofertami podwykonawców, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych w wyjaśnieniach oświadczeń. Podkreślić również należy, że wszelka argumentacja zawarta w piśmie procesowym dotycząca wykazania prawidłowości ceny jest spóźniona i tych dodatkowych okoliczności

podnoszonych w postępowaniu odwoławczym Izba nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, Izba rozpoznając zarzuty odwołania dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Jak wynika z wezwania z dnia 21 grudnia 2022r. Zamawiający nakazał wyjaśnienie kilkudziesięciu pozycji kosztorysowych wskazując, że stanowią one istotne części składowe ceny. Zamawiający wskazał również, że powyższe pozycje odbiegają o ponad 30% od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego co jak wskazał Zamawiający powoduje, iż pozycje te wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania wymienionych elementów przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tym samym obowiązkiem Przystępującego było udzielenie odpowiednich wyjaśnień w zakresie dotyczących tych wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Przystępujący winien więc wskazać i udowodnić okoliczności, które wpłynęły na wysokość cen zakwestionowanych pozycji i wyjaśnić Zamawiającemu w jaki sposób okoliczności te wpłynęły na możliwość ich obniżenia. Przystępujący natomiast składając Zamawiającemu wyjaśnienia powołał się na same ogólniki jak np. doświadczenie, dysponowanie własnym transportem, wykwalifikowanym personelem, bazą magazynowo – techniczną. Poza wskazaniem powyższych okoliczności, Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu okoliczności te potwierdzające, a już tym bardziej nie wykazał w jaki sposób powyższe miało wpływ na wycenę zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Nie mogą uzasadniać poziomu zaoferowanych cen oferty podwykonawców złożone wraz z wyjaśnieniami, tym bardziej, że w żaden sposób nie wynika z nich jakie założenia oraz okoliczności wpłynęły na poziomy cen, które jak należy przypomnieć zakwestionował Zamawiający.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że „ocenie Zamawiającego podlega cena całkowita oferty. Nie jest możliwe odrębne analizowanie ceny każdej ze 128 pozycji z uwagi gdyż ocenie Zamawiającego podlega zgodnie z SWZ cena ostateczna. W świetle powyższego ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (np. straty na skutek zaniżenia kwoty dla poszczególnych pozycji, ale również zysku w przypadku założenia wyższej kwoty) spoczywa na Oferencie", podkreślić należy, że przecież sam Zamawiający w wezwaniu wskazał na 25 pozycji kosztorysu, które w jego ocenie noszą znamiona rażąco niskich podkreślając przy tym, że stanowią one istotne części składowe. W ocenie Izby po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający całkowicie zignorował treść wezwania stwierdzając, że nie może on badać poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, lecz całkowitą cenę oferty. Podkreślić więc należy, że Zamawiający wszczynając procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany był do rzetelnego zbadania złożonych wyjaśnień

przez Przystępującego i ustalenia, czy wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał i zdeprecjonował znaczenie wszczętej przez siebie procedury i skutków jakie za sobą pociąga.

Podsumowując, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Przystępujący bowiem, pomimo że wezwanie dotyczyło konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie przedstawił konkretnych, popartych dowodami okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować ceny na poziomie wskazanym w kosztorysie. Złożone wyjaśnienia nie zawierały danych szczegółowych, dzięki którym Zamawiający mógłby zweryfikować sposób obliczenia ceny jednostkowej wskazanych pozycji.

W konsekwencji Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były rażąco niewystarczające, a w konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego, było odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny. Podkreślić należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania.

W ocenie Izby, analiza treści złożonej oferty przez Przystępującego, jak też wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w toku postępowania, prowadzi do wniosku, że nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Odwołujący nie udowodnił natomiast, że taki błąd w obliczeniu ceny Przystępujący popełnił. Nie udowodnił, że Przystępujący nie uwzględnił wymogów wynikających z dokumentacji postępowania co do przedmiotu zamówienia, bądź też pominął jakieś z elementów istotnych pod względem cenotwórczym. Fakt, że Przystępujący nie wykazał, że jego oferta nie jest rażąco niska, nie oznacza, że wykonawca ten nie uwzględnił zakresu zamówienia, wycenił inny stan fatyczny niż wynikający z dokumentów zamówienia, tym bardziej, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że zakres zamówienia zrozumiał.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:…….