

Sygn. akt: KIO 2576/24

## WYROK

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: PROFEXIM Spółka jawna H.J. Duda, Prodim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Dębicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: PROFEXIM Spółka jawna H.J. Duda, Prodim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Krakowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 2576/24

## Uzasadnienie

Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa drogi powiatowej nr 2018K Biskupice-Targowisko od drogi wojewódzkiej nr 966 w miejscowości Biskupice do drogi gminnej nr 560000K w miejscowości Bodzanów*, numer referencyjny: ZDP.ZP.271.9.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 czerwca 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00348069/01.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: PROFEXIM sp. j. H.J. Duda, Prodim sp. z o.o. (dalej łącznie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego ich oferty, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061, ze zm. - dalej: „k.c.”) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia, tj. z uwagi na nieuwzględnienie w niektórych cenach jednostkowych całkowitego kosztu wykonania obmiarowej jednostki elementu, obejmującego m.in. koszty bezpośrednie, koszty pośrednie i zysk, które zdaniem Zamawiającego winny być zawarte w każdej cenie jednostkowej zgodnie z pkt 17.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), podczas gdy:

a) pkt 17.4. SWZ jako niezawierający wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (świadczenia, które zgodnie z ofertą zobowiązuje się zrealizować Wykonawca), lecz zawierający jedynie wytyczne dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w ogóle nie powinien być podstawą oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia, a tym samym rzekoma niezgodność cen jednostkowych z tym zapisem nie mogła być podstawą odrzucenia oferty na zasadzie art. 224 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

b) pkt 17.4. SWZ nie zawiera definitywnych wymagań odnoszących się do konieczności uwzględnienia w każdej cenie

jednostkowej jednocześnie wszystkich kategorii kosztów wymienionych w tym postanowieniu, a jedynie ogólną powinność zawarcia w cenach jednostkowych takich kosztów, które faktycznie będzie generować realizacja prac danej pozycji kosztorysu,

c) złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny nie potwierdzają, aby którakolwiek z cen jednostkowych była skalkulowana w sposób nieuwzględniający kosztu wykonania prac objętych jednostką obmiarową, a wręcz wprost przyznają zgodność tych cen z pkt 17.4 SWZ, zaś zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem, podstawą odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia mogą być tylko takie niezgodności, które występują w sposób niewątpliwy i są jednoznaczne;

2.226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi rzekome zaoferowanie ceny rażąco niskiej w zakresie obejmującym tylko niektóre ceny jednostkowe z zakresu branży wodociągowej i gazowej, podczas gdy:

a) zakwestionowane przez Zamawiającego ceny jednostkowe nie są istotnymi składnikami ceny ani w ujęciu merytorycznym, ani w ujęciu wartościowym, a więc ich zaniżenie (niezależnie od tego, że nie miało miejsca), nawet potencjalnie nie mogło prowadzić do uznania, aby cena oferty Odwołującego została w sposób rażąco zaniżona,

b) koszty sumaryczne prac branży instalacyjnej wodociągowej i gazowej wynikające z ofert podwykonawczych są sumarycznie niższe, aniżeli suma analogicznych cen zaoferowanych przez wykonawcę w zakresie objętym ofertami podwykonawczymi - zatem nie sposób jest uznać, aby zaoferowana cena ofertowa nie wystarczała na pokrycie kosztów powierzenia prac podwykonawcom,

c) nieuwzględnienie w niektórych tylko cenach kosztów pośrednich i zysku kalkulacyjnego (niezależnie od tego, że w istocie nie miało miejsca) nie mogło stanowić podstawy do uznania ceny ofertowej za rażąco niską, gdyż o rynkowym charakterze ceny jednostkowej (nawet rozpatrywanej indywidualnie, w oderwaniu od pozostałych cen jednostkowych) świadczy pokrycie w ramach tej ceny już samych tylko bezpośrednich kosztów realizacji prac,

d) rzekome zaniżenie cen jednostkowych nie miało miejsca, gdyż wszystkie zaoferowane przez Odwołującego ceny pozwalają na pokrycie wszystkich kosztów wykonania danej jednostki obmiarowej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z warunkami zamówienia, Odwołujący stwierdził w szczególności, że powoływany przez Zamawiającego pkt 17.4. SWZ nie powinien stanowić podstawy odrzucenia oferty – nawet w przypadku uznania, że złożona przez Odwołującego oferta sporządzona zostałaby w sposób niezgodny z tym postanowieniem. Postanowienie pkt 17.4. nie odnosi się do treści ofert składanych w postępowaniu. Reguluje ono jedynie sposób ustalenia (oszacowania czy skalkulowania) ceny ofertowej – na co wskazuje zresztą oznaczenie pkt 17 SWZ, tytułujące wszystkie zawarte w nim podpunkty jako „opis sposobu obliczenia ceny”. Zatem zarówno pkt 17.4, jak i wszystkie inne podpunkty zawarte w pkt 17 (tj. pkt 17.1. – 17.7) odnoszą się do sposobu ustalenia ceny – określają więc, w jaki sposób należy przeprowadzić operację zmierzającą do ukształtowania ceny ofertowej, a polegającą na obliczeniu jej wysokości. Pkt 17.4. nie reguluje zaś tego, jaka owa wysokość ostatecznie miałyby być, tj. jaką ostateczną wartość powinny osiągnąć poszczególne ceny jednostkowe (minimalną czy też maksymalną), pod kątem której treść oferty złożonej przez Wykonawcę mogłaby zostać oceniona i uznana bądź to za zgodną z wymaganiami zamawiającego, bądź też za niezgodną. Dlatego w ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty na podstawie przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5 było nieprawidłowe i tym samym nieskuteczne. Sam proces szacowania (kalkulowania) ceny ofertowej nie jest elementem treści oferty – stąd też jakiegokolwiek „nieprawidłowości” w przeprowadzeniu tego procesu (gdyby w ogóle zaistniały), nie mogłyby stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (który to przepis wprost referuje do treści oferty, a nie sposobu ustalenia ceny ofertowej).

Nadto zdaniem Odwołującego, postanowienie pkt 17.4. SWZ nie zawiera bezwzględnego nakazu, aby każda ze wskazanych w kosztorysach cen jednostkowych obejmowała wszystkie wymienione w tym postanowieniu kategorie kosztowe (w tym koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny czy też „inne koszty”). Taki bezwzględny i jednoznaczny obowiązek nie wynika wcale z literalnej treści powołanego zapisu – brakuje tam zapisów wskazujących na to, że „każda pojedyncza cena jednostkowa” musi „łącznie” czy w określonej „części albo proporcji” uwzględniać „wszystkie niżej wymienione koszty” albo że ww. kosztów nie można pominąć w żadnej z cen jednostkowych. Zawarte w przywołanym fragmencie SWZ określenie „cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności ...” może (a zdaniem Odwołującego wręcz powinno) być rozumiane jako dyrektywa dotycząca alokacji w cenach jednostkowych również kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów, w tym podatków w taki sposób, aby

sumarycznie (po zsumowaniu wszystkich cen jednostkowych) koszty te były ceną ofertową pokryte. Okoliczność, czy w konkretnej cenie jednostkowej są akurat przewidziane np. koszty wykonania tablicy informacyjnej czy koszty dzierżawy placu, jest bez znaczenia dla oceny prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej – bowiem to rolą wykonawcy, nie zaś Zamawiającego, jest przypisanie ogólnych kosztów budowy czy też zysku do tych pozycji kosztorysu ofertowego, które uznaje za najbardziej odpowiednie. Trudno rozumieć pkt 17.4. SWZ jako nakaz uwzględnienia w każdej pojedynczej cenie jednostkowej wszystkich kategorii kosztów wskazanych w tym zapisie, bowiem prowadziłoby to do zupełnie absurdalnych wniosków, zgodnie z którymi przykładowo w każdej pozycji należy uwzględnić opłaty za dzierżawę placów (która przecież w ogóle nie musi być ponoszona w sytuacji, gdy wykonawca żadnych placów nie dzierżawi), koszty wykonania tablicy informacyjnej, wartość pracy sprzętu czy materiałów (nawet gdy do danej pozycji jakiegokolwiek sprzęt albo materiały nie są wymagane). Trudno oczekiwać od wykonawcy, aby kalkulował zysk osobno dla każdej pojedynczej pozycji, skoro jego celem jest uzyskanie zysku z realizacji całego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Z tej przyczyny, zdaniem Odwołującego, pkt 17.4 SWZ winien być rozumiany jako wskazujący na potrzebę uwzględnienia w cenach jednostkowych (na podstawie których, z uwagi na kosztorysowy model wynagrodzenia, ustalana jest całkowita cena ofertowa) takich kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów, które łącznie (po zsumowaniu wartości prac objętych przedmiotem zamówienia) doprowadzą do osiągnięcia zamierzonego rezultatu w postaci pokrycia kosztów realizacji zamówienia oraz zapewnienia wykonawcy odpowiedniego zysku. Nie oznacza to jednak obowiązku jednoczesnego alokowania ww. kosztów pośrednich i zysku do każdej pojedynczej ceny jednostkowej. Niezależnie bowiem od przyjętego kosztorysowego modelu rozliczania wynagrodzenia, koszty ogólne, pośrednie i inne koszty niebezpośrednie budowy będą ponoszone na stałym poziomie (niezależnie od tego, czy np. zmieni się długość wykopów czy drzew do wycinki albo długość rur, czy powierzchnia asfaltu). Z punktu widzenia Wykonawcy kluczowe jest zatem pokrycie ww. kosztów w ramach całego przedsięwzięcia, którym jest rozbudowa określonego odcinka drogi zgodnie z dokumentacją projektową, nie zaś wykonanie bliżej nieokreślonej ilości wykopów, umocnienia skarp czy innych prac wymienionych w kosztorysach. Skoro z pkt 17.4. nie wynika w sposób jasny i klarowny obowiązek uwzględnienia w każdej pojedynczej cenie jednostkowej wszystkich kosztów ogólnych, pośrednich i zysku (w szczególności zysku w określonej wysokości), to ewentualnie stwierdzenie przez Zamawiającego, aby poszczególne ceny jednostkowe (w istocie zaledwie kilkanaście z nich) nie zawierały wszystkich ww. kategorii kosztów, nie może być uznane za sprzeczność oferty z warunkami zamówienia. Nadto nie sposób jest uznać, aby Zamawiający ustalił i aby wykazał w decyzji o odrzuceniu oferty ponad wszelką wątpliwość, że ceny jednostkowe za poszczególne prace z branży gazowej i wodociągowej zostały obliczone niezgodnie z pkt 17.4. SWZ.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaofiarowania ceny rażąco niskiej, Odwołujący stwierdził m.in., że brak jest możliwości odrzucenia oferty, w której zaniżone mogłyby zostać jedynie nieistotne części składowe ceny. Skoro każdorazowa czynność odrzucenia oferty na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp musi być poprzedzona odpowiednim wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (które zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp mogą się odnosić bądź to do ceny całkowitej, bądź też do jej istotnych elementów składowych), to sama czynność mogłaby nastąpić wyłącznie w takim samym zakresie, w jakim badanie ceny jest dopuszczalne (tj. wyłącznie w przypadku, gdy zaniżona jest cena lub jej istotna część składowa). Jakkolwiek ustawa Pzp nie zawiera definicji „istotności” cen jednostkowych, to jednak w orzecznictwie słusznie (i w zasadzie jednolicie) przyjmuje się, że istotnymi są te elementy ceny, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Ceny jednostkowe, o których wyjaśnienie zwrócił się Zamawiający do Odwołującego, nie mogą być uznane za istotne pod względem merytorycznym. Wykonanie prac związanych z przebudową sieci gazowej oraz wodociągowej trudno jest uznać za takie prace, od których wykonania zależy osiągnięcie zasadniczych celów inwestycji. Celem tym jest bowiem nie tyle wykonanie przebudowy ww. sieci, co przede wszystkim wykonanie rozbudowy drogi powiatowej zgodnie z dokumentacją projektową. Osiągnięcie tego celu nie zostanie zrealizowane poprzez ułożenie rur gazowych czy wodociągowych (te mają być bowiem przebudowane niejako przy okazji wykonania zasadniczych prac związanych z rozbudową drogi), lecz przede wszystkim poprzez wykonanie robót geotechnicznych, konstrukcyjnych, i ziemnych oraz wykonanie i rozbudowę nawierzchni. Jednocześnie wartościowy udział prac objętych wezwaniem Zamawiającego w całości robót objętych zadaniem trudno jest uznać za istotny. Wszystkie bowiem prace z branży instalacji gazowej i wodociągowej oraz teletechnicznej, miały w ofercie Odwołującego wartość zaledwie 297 698,13 zł, co wobec całkowitej ceny ofertowej stanowi zaledwie nieco ponad 4%. Podobnie niewielki jest udział przedmiotowych cen jednostkowych w przypadku ofert złożonych przez innych Wykonawców. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nawet nie podjął próby wykazania tego, aby w jego ocenie ceny jednostkowe dotyczące prac ujętych w branży instalacji gazowej i wodociągowej były istotnym elementem składowym ceny ofertowej. W przekazanej Odwołującemu decyzji o odrzuceniu jego oferty próżno szukać jakiegokolwiek wyrażenia wskazującego na to, że Zamawiający uważa je za istotne. Podobnie

brak jest takiego stwierdzenia w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Wydaje się zatem, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wyszedł z założenia, że zaniżenie jakichkolwiek cen jednostkowych (również tych nieistotnych i nieprzekładających się na zaniżenie całej ceny ofertowej) jest wystarczające do zastosowania przesłanki odrzucenia oferty przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Takie założenie jest jednak błędne. Nawet potencjalne zaniżenie wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 3 lipca 2024 r. cen jednostkowych nie mogłoby świadczyć o tym, aby cena ofertowa Odwołującego była ceną rażąco zaniżoną. Niezależnie od powyższego, ceny jednostkowe zawarte w załączonej do wyjaśnień oferty Kapturgaz sumarycznie są niższe, aniżeli ceny jednostkowe zapisane w ofercie Odwołującego. Potwierdza to w sposób jednoznaczny chociażby tabela załączona do decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wynika z niej wprost, że sumaryczne koszty powierzenia prac podwykonawcy byłyby niższe od odpowiadających im cen jednostkowych w ofercie Odwołującego: w przypadku prac branży gazowej – o kwotę 6 060,50 zł netto, w przypadku prac branży wodociągowej – o kwotę 1 441,06 zł netto. W tych okolicznościach twierdzenie Zamawiającego, jakoby załączone do wyjaśnień dokumenty potwierdzały zaniżenie kosztów prac z ww. kosztorysów w stosunku do kosztów powierzenia prac podwykonawcom, jest zupełnie nieuzasadnione i nie może się ostać. Nawet gdyby uznać, że poszczególne ceny jednostkowe ww. branż mogły zostać zaniżone w stopniu niepokrywającym kosztów powierzenia prac, to i tak ich zaniżenie nie miałyby żadnego wpływu ani na cenę całkowitą, ani nawet na cenę sumaryczną prac wchodzących w zakres branży gazowej i wodociągowej – skoro niezależnie od tego cena ofertowa Odwołującego była wyższa, aniżeli koszty powierzenia prac w zakresie branży gazowej i wodociągowej podwykonawcy.

Niezależnie od tego, zdaniem Odwołującego wielokrotnie eksponowany przez Zamawiającego zarzut dotyczący nieuwzględnienia w poszczególnych cenach jednostkowych kosztów pośrednich i zysku kalkulacyjnego w ogóle nie mógł stanowić podstawy uznania, aby zaoferowana cena nosiła znamiona ceny rażąco niskiej. W decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wśród kryteriów symultanicznie stosowanych do oceny i ustalenia charakteru rozpatrywanych nieuczciwych cen, zarówno nadmiernie wygórowanych, jak i rażąco niskich, podkreślana jest szczególna waga kryterium kosztowego. Odwołujący stwierdził, że nie zaniżył jakichkolwiek cen jednostkowych. Nie można również uznać, aby Odwołujący nie wykazał prawidłowości kalkulacji cen jednostkowych z zakresu branży gazowej i wodociągowej. Jak wynika bowiem z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, jedynym powodem uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący miałby nie wykazać prawidłowości wyliczenia przedmiotowych cen była okoliczność, że załączone do wyjaśnień oferty podwykonawcza i na dostawę materiałów przewidywały niektóre ceny wyższe od cen jednostkowych w ofercie Odwołującego bądź też określone na równym poziomie. Jednocześnie Zamawiający uznał za prawidłowe wykazanie wyliczenia ceny w branży teletechnicznej, w odniesieniu do której załączona oferta podwykonawcza określała ceny jednostkowe na poziomie niższym, niż w oferta Odwołującego. Mając zatem na uwadze, że sumaryczna wartość oferty podwykonawczej dla wszystkich prac z branży wodociągowej i gazowej była niższa od wartości tychże prac w ofercie Odwołującego, nie sposób jest uznać, aby Odwołujący nie wykazał prawidłowości skalkulowania ceny ofertowej również w zakresie prac ujętych w kosztorysach dla branż wodociągowej i gazowej.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko z dnia 15 lipca 2024 dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził w szczególności, że pkt 17.4 SWZ zawiera warunki zamówienia i przywołał wyrok Izby w sprawie KIO 1813/23 z dnia 12 lipca 2023 roku, w którym był stroną postępowania, gdzie zostało stwierdzone: „oczywistym jest, że przedstawione w specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określenie co powinna zawierać cena jednostkowa podana w ofercie wykonawcy stanowi warunek zamówienia w rozumieniu tego przepisu. (...) wynika iż każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składająca się na ofertę wykonawcy składana w postępowaniu musi uwzględnić wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową), w tym koszty robocizny i koszty pracy sprzętu; na marginesie wyłącznie można wskazać, że każda z tych cen musi także uwzględniać ( rzecz jasna w części) koszty ogólne (których poniesienie jest konieczne w celu wykonania zamówienia, ale nie będące kosztami ponoszonymi w celu wykonania poszczególnych prac), zysk i podatki.” W świetle przepisu art. 7 pkt 29 Pzp postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego określające co powinna zawierać cena jednostkowa podana w ofercie wykonawcy stanowią warunek zamówienia. Nie można treści SWZ czytać wybiórczo, wszystkie zapisy SWZ opisują warunki zamówienia w danym postępowaniu. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż pkt 17.4 SWZ nie zawiera definitywnych wymagań odnoszących się do konieczności uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej jednocześnie wszystkich kategorii kosztów wymienionych w tym postanowieniu. Zgodnie z orzeczeniem KIO 1813/23 z dnia 12 lipca 2023 roku izba orzekła: „w ocenie izby w treści

zawartego w tym postępowaniu sformułowania „cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności: robocizna bezpośrednią, wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy (...) wynika, że każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną, w postępowaniu musi uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową) w tym koszty robocizny i koszty pracy sprzętu, na marginesie wyłącznie można wskazać, że każda z tych cen musi także uwzględniać (rzecz jasna w części) koszty ogólne (których poniesienie jest konieczne w celu wykonania zamówienia, ale nie będące kosztami ponoszonymi w celu wykonania poszczególnych prac) zysk i podatki (z wyłączeniem podatku od towarów i usług).

Zamawiający stwierdził, że będąc stroną postępowania KIO 1813/23 dostał jednoznaczną odpowiedź, iż zgodnie z zapisami SWZ dotyczącymi wyliczenia ceny musi bezwzględnie wymagać, aby cena jednostki obmiarowej zawierała wszystkie składniki cenotwórcze wskazane w SWZ. W postępowaniu pod nazwą: „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2018K Biskupice - Targowisko od drogi wojewódzkiej nr 966 w miejscowości Biskupice do drogi gminnej nr 560000K w miejsc. Bodzanów” oznaczenie sprawy ZDP.ZP.271.9.2024 zapisy w SWZ dotyczące wyliczenia ceny są tożsame z zapisami SWZ w postępowaniu dotyczącym orzeczenia KIO 1813/23. Zamawiający działając z należytą starannością zgodnie z art.16 ustawy Pzp, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców nie mógł postąpić inaczej. W przedstawionym, na wezwanie, wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Odwołujący nie udowodnił, iż cena zawiera wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z SWZ pkt 17.4, a więc jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto w w/w orzeczeniu z dnia 12 lipca 2023 KIO 1813/23 Izba wskazała: „Zatem nawet w sytuacji, gdy treść oferty w dwóch różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest identyczna, ocena jej zgodności z warunkami zamówienia może dać różny wynik: o zasadności dokonania identycznej oceny zgodności z warunkami zamówienia ofert złożonych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może być więc mowa wyłącznie wtedy, gdy warunki zamówienia w tych postępowaniach są identyczne.” Warunki Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące odwołania nr KIO 1813/2023 są identyczne a wręcz tożsame. Zapis w SWZ (ZDP.ZP.271.9.2024 – odwołanie KIO 2576/24) pkt 17.4 jest taki sam jak zapis w SWZ (ZDP.ZP.271.7.2023 pkt. 26.3 – KIO 1813/23) pkt dotyczący sposobu obliczenia ceny. W złożonych na wezwanie wyjaśnieniach Odwołujący, nie wykazał, jak zostały wyliczone ceny. W ofercie wpisał, iż roboty branżowe wykonają podwykonawcy. Zamawiający analizując przesłane wyjaśnienia rażąco niskiej ceny próbował w sposób obiektywny zrozumieć i znaleźć wyjaśnienia, które pozwoliłyby mu stwierdzić, iż przedstawiona kalkulacja cen oraz wyjaśnienia potwierdzają wykonanie zamówienia za przedstawioną cenę. W wyjaśnieniach znalazł tylko ogólnikowe, nieprecyzyjne, niedokładne, niespójne i pobieżne informacje na temat kalkulacji cen robót branżowych. Zamawiający nie wyliczał ceny, a jedynie wskazał, gdzie w przekazanych dokumentach cena oferty odwołującego była tożsama z ofertą podwykonawcy, co miało miejsce w branży gazowej w 26 pozycjach na 38 pozycji, ponadto w 4 pozycjach cena oferty Odwołującego była wyższa od oferty podwykonawcy. W 8 pozycjach cena oferty podwykonawcy była niższa niż oferta Odwołującego i mogła świadczyć o uwzględnieniu w cenie jednostkowej wszystkich składników cenotwórczych. Podsumowując powyższe, na 38 pozycji kosztorysu branży gazowej 30 pozycji wskazuje na nieuwzględnienie w cenie jednostkowej wszystkich składników cenotwórczych zgodnie z pkt 17.4 SWZ. W branży wodociągowej była podobna sytuacja na 19 pozycji 16 pozycji nie zawierało wszystkich składników cenotwórczych zgodnie z SWZ pkt 17.4. Piętnaście pozycji – cena jednostkowa tożsama z ceną jednostkową podwykonawcy, a jedna pozycja cena odwołującego niższa niż oferta podwykonawcy. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie przedstawił wyliczenia ani wyjaśnień, dlatego oferta podwykonawcy aż w 41 pozycjach cen jednostkowych jest tożsama z jego ofertą. To znaczy nie obejmuje kosztów:

- koszty pośrednie obejmujące między innymi: Pracę personelu – Pracownik Odwołującego musi koordynować, nadzorować, rozliczyć prace zlecone dla podwykonawcy,
- inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie m.in. tablicy informacyjnej, roboty tymczasowe związane z technologią wykonania robót)
- zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym.

Zamawiający stwierdził, że w treści wyjaśnień znalazł ogólną informację o minimalnym wynagrodzeniu, skopiowany pkt 17.4 SWZ z informacją, iż ceny zostały skalkulowane zgodnie z SWZ, a w dalszej części informację o posiadanym sprzęcie oraz wykwalifikowanych brygadach brukarskich, brygadach do robót ziemnych i bitumicznych oraz instalatorów. Odwołujący wskazał również, iż wyceny ofert dokonał na podstawie ofert dostawców materiału, co zdaniem

Zamawiającego jest niemożliwe, gdyż oferty materiałowe są z datą 8 lipca 2024 r., a termin składania ofert upłynął dnia 25 czerwca 2024 r. Przedstawione oferty materiałowe podważają wiarygodność sporządzonej wyceny ofert na podstawie ofert materiałowych i sił własnych, gdyż jak sam Odwołujący zaznaczył w treści złożonej oferty w dniu 25 czerwca 2024 r., roboty instalacyjne zleci podwykonawcy. W ogólnym rozliczeniu ceny ofert podwykonawców są tańsze, jednak Zamawiający znając orzeczenie KIO 1813/2023, nie mógł przyjąć, iż wykonawca może przerzucać koszty pomiędzy cenami jednostkowymi, zdaniem KIO przy takich zapisach w pkt 17.4 SWZ jest niedopuszczalne, aby cena jednostkowa nie zawierała wszystkich składników cenotwórczych zgodnie z zapisami SWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający podał m.in., że odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ wykonawca ten nie udowodnił, iż przedstawione w kosztorysach branży sieci gazowej i sieci wodociągowej ceny jednostkowe nie są rażąco niskie. Zgodnie z orzeczeniem KIO 2747/22 z dnia 28 października 2022 roku „Należy przy tym podkreślić, że zamawiający nie może zastępować wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego oferty jest realna. To wykonawca ma udowodnić realność tej ceny, a nie zamawiający ma poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, a nie wyręczanie wykonawcy w wykazywaniu, że za podaną cenę można należycie wykonać zamówienie.(...) Jeśli zatem wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub udzieli wyjaśnień, w których nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.” Odwołujący miał przedstawić wyliczenia wskazujące, iż ceny jednostkowe zawierają wszystkie składniki cenotwórcze. Wyjaśnienia wykonawcy były zbyt ogólne, niespójne, niekompletne, niezgodne z SWZ. Odwołujący nie wykazał, iż cena zawiera wszystkie składniki cenotwórcze jak żądał tego Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie próby wyjaśnień, iż cena nie jest rażąco niska na etapie odwołania należy uznać za spóźnione. Odwołujący jest wykonawcą działającym od lat na rynku zamówień publicznych i musiał mieć świadomość, iż zgodnie z przyjętym orzecznictwem, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia winny być dokładne, precyzyjne, potwierdzające wiarygodność wykonawcy oraz jest zasada jednokrotności wezwań. Zamawiającego obliguje równe traktowanie wykonawców, a więc nie mógł bezpodstawnie wezwać Odwołującego do złożenia uzupełnień. W związku z powyższym Zamawiający opierał się na ogólnych, niespójnych, danych przedstawionych przez Odwołującego, które nie potwierdziły, iż cena branży wodociągowej i gazowej zawiera wszystkie składniki cenotwórcze. Wobec powyższego cena jest rażąco niska, gdyż nie zawiera wszystkich składników cenotwórczych.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż bezpodstawnie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust 1 ustawy Pzp, stwierdzając, że jego obowiązkiem jest przeprowadzenie postępowania zgodnie z art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający w pkt 3.14 poinformował wszystkich wykonawców, iż możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia o realizację części zamówienia obejmującej przebudowę sieci branży gazowej. W związku z powyższym, z uwagi na dużą rozbieżność cen w ofertach wykonawców w wykonaniu robót branży gazowej, co przedstawia tabela:

Sieć	302	275	211	<b>425</b>	<b>340</b>	400	174	328
Gazowa	782,93	837,43	166,51	<b>764,43</b>	<b>697,00</b>	472,50	686,00	779,00

Zamawiający powziął wątpliwość co do uczciwej wyceny robót branży gazowej i realizacji zamówienia przez Odwołującego (średnia arytmetyczna 307 523,23 zł). Wartość oferty Odwołującego jest znacznie niższa niż 30% wartości średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, która wynosi (215 266,26 zł). Z uwagi na możliwość rezygnacji z tej części zamówienia, Zamawiający powziął wątpliwość, iż jest to zamierzone działanie Odwołującego w celu obniżenia wartości oferty. Zamawiający domniemał, iż Odwołujący specjalnie obniżył wartość robót branży gazowej w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący realizował wiele zadań dla Zamawiającego i mógł przypuszczać, iż rezygnacja z branży gazowej jest bardzo prawdopodobna. W związku z powyższym Zamawiający miał wątpliwość co do realności przedstawionych cen jednostkowych branży gazowej. Szczegółowe badanie ofert pokazało, iż wartość kosztorysowa branży wodociągowej i teletechnicznej również jest niższa niż 30 % średniej arytmetycznej. Wobec powyższego uprawnieniem Zamawiającego jest wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy budzi ona wątpliwość Zamawiającego. Ustawa Pzp nie mówi szczegółowo o jakie wątpliwości może chodzić, brak katalogu zamkniętego pokazującego jakie sytuacje mogą powodować wystąpienie wątpliwości u Zamawiającego, a więc podejrzenia manipulacji ceną też upoważnia do wezwania do złożenia wyjaśnień. Jeżeli Odwołujący działał z należytą starannością przy kalkulacji ceny oferty, złożenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny mogło stanowić tylko dokonanie formalności. Jednak Odwołujący potraktował wezwanie do złożenia wyjaśnień pobieżnie i ogólnikowo. Celowo zastrzegł wyjaśnienia, aby ograniczyć pozostałym wykonawcom możliwość weryfikacji rzetelności oraz zgodności przedstawionych wyjaśnień z warunkami zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, iż cena nie jest rażąco niska. W

związku z powyższym oferta Odwołującego została odrzucona.

Zamawiający nie zgodził się także z twierdzeniem Odwołującego, że wystarczy, aby sumaryczne wartości kosztorysów podwykonawcy był niższe niż analogiczne sumy ceny Odwołującego. W ogólnym rozliczeniu ceny ofert podwykonawców są tańsze, jednak Zamawiający znając orzeczenie KIO 1813/2023, nie mógł przyjąć, iż wykonawca może przerzucać koszty pomiędzy cenami jednostkowymi. Zdaniem KIO przy takich zapisach Zamawiającego w SWZ pkt 17.4 jest niedopuszczalne, aby cena jednostkowa nie zawierała wszystkich składników cenotwórczych zgodnie z zapisami SWZ. Zamawiający sprawdzając złożone na wezwanie dokumenty, nie znalazł dowodów na to, iż ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym branży instalacyjnej gazowej i wodociągowej zawierają wszystkie składniki cenotwórcze, a więc nie są rażąco niskie. Odwołujący nie wskazał wartości stawki roboczogodziny oraz stawki pracy sprzętu. To na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, iż ceny jednostkowe zawierają wszystkie składniki cenotwórcze.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Dębicy (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący podał m.in., że z analizy postanowień SWZ wynika, że na cenę ofertową składa się suma cen jednostkowych zawartych w kosztorysach przedłożonych przez danego wykonawcę (i sporządzonych na podstawie wzorów udostępnionych przez Zamawiającego). Z pkt 17.4. SWZ wynika, że Zamawiający wymagał, że cena jednostkowa winna zawierać wprost określone elementy takie jak: robocizna bezpośrednia, wartość materiałów, wartość pracy sprzętu itp. Celem oceny zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego w tym miejscu należy odwołać się orzecznictwa KIO, które wypowiedziało się już w podobnej materii. W tym zakresie warto przywołać wyrok Izby z dnia 31 października 2023 roku (sygn. KIO 3064/23) w którym stwierdzono, że: „Postanowienia SWZ podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, a więc przyjętym przez Zamawiającego pojęciom należy przypisać znaczenie, jakie wynika z języka potocznego, przy uwzględnieniu okoliczności, iż zamówienie jest kierowane do profesjonalistów, zatem interpretacja postanowień specyficznych dla danej dziedziny winna odbywać się z uwzględnieniem specyfiki takiego obszaru.” Stanowisko Izby ma obecnie charakter zasady prawnej, która nakazuje dokonywać interpretacji specyfikacji warunków zamówienia na gruncie wykładni literalnej / językowej. Zgodnie zaś z internetowym słownikiem języka polskiego przez zwrot >>powinien<< (użyty przez Zamawiającego w pkt 17.4. SWZ) należy rozumieć, że „jest wskazane żeby jakaś osoba, rzecz lub jakieś wydarzenie spełniały określone warunki” albo „jest pożądane, konieczne, żeby ktoś coś zrobił”. Użycie zwrotu „powinien zawierać” oznacza nakaz uwzględnienia w danym dokumencie określonych elementów – w przypadku niniejszego Postępowania: elementów cenotwórczych wskazanych przez Zamawiającego. Taki wniosek wypływa z wykładni językowej analizowanego postanowienia SWZ, która nie była kwestionowana w Postępowaniu. Okoliczność, że Odwołujący nie zgadza się z jego językowym brzmieniem – na etapie postępowania odwoławczego pozostaje w świetle powyższego bez żadnego znaczenia. Wymaganiem Zamawiającego w postępowaniu było podanie cen jednostkowych, na które składały się określone elementy cenotwórcze. Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia w każdym wypadku, gdy będzie w stanie jednoznacznie stwierdzić istnienie takiej niezgodności – w tym na podstawie dokumentów złożonych przez samego Odwołującego w toku procedury wyjaśniającej odnoszącej się do ceny ofertowej. Obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaferowana ceny rażąco niskiej jest: wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaferowania ceny na określonym poziomie, wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności), poparcie powyższego materiałem dowodowym. Odwołujący nie sprostował żadnemu z wymienionych powyżej obowiązków, a w konsekwencji nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Tym samym oferta słusznie została odrzucona przez Zamawiającego.

Zdaniem Przystępującego próba marginalizacji znaczenia cen jednostkowych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe jest nietrafiąca. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lutego 2023 roku (sygn. akt KIO 300/23) stwierdziła bowiem, że „W ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że kwestionowane ceny jednostkowe znacząco odbiegają zarówno od szacunku zamawiającego, jak i od realiów rynkowych i winny wzbudzić wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Tym bardziej, że pkt 17.5 SWZ wymaga, by każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”. Jednocześnie w wyroku tym podkreślony został istotny charakter wskazanych cen jednostkowych, względem których zmaterializowało się domniemanie rażąco niskiej ceny. Jak czytamy

w uzasadnieniu ww. wyroku: „Wbrew twierdzeniom Przystępującego, skoro należało podać ceny jednostkowe, na których podstawie będzie wyliczone wynagrodzenie za wykonanie określonych prac, to ich wycena ma charakter istotny z perspektywy prawidłowego zrealizowania zamówienia, bowiem Zamawiający nadał tym poszczególnym cenom jednostkowym charakter istotny przez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie tychże cen jednostkowych”. Przedmiotowy wyrok został zaskarżony do Sądu Zamówień Publicznych. Skarga została oddalona a Sąd stwierdził, że: „skoro należało podać ceny jednostkowe, na podstawie których wyliczone będzie wynagrodzenie za wykonanie określonych prac, to ich wycena ma charakter istotny z perspektywy prawidłowego zrealizowania zamówienia, bowiem zamawiający nadał tym poszczególnym cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie cen jednostkowych. Zgodzić się także w pełni należy z dominującym w orzecznictwie poglądem, iż skoro ceny jednostkowe stanowią podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, to każda z nich powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy (por. wyrok KIO z 21.03.2023 r., KIO 649/23). – zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 października 2023 roku wydany w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 57/23. Proste zestawienie procentowe (porównanie wartości badanych pozycji do ceny całkowitej) i próba, w ten sposób, ustalenia czy dana cena jednostkowa ma charakter istotny czy nie, jest w analizowanej sytuacji nacechowane błędem. Odwołujący pomija bowiem, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Oznacza to, że wartość danej ceny jednostkowej będzie miała wpływ na cenę końcową (jak duży okaże się dopiero na etapie realizacji). Kluczowe jest jednak, że skoro wynagrodzenie wykonawcy będzie kalkulowane w oparciu o ceny jednostkowe (Zamawiający będzie do nich „sięgał” ustalając wynagrodzenie za dane prace), to nie można cenom tym przypisać nieistotnego znaczenia. Ceny jednostkowe w postępowaniu (które przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe) mają charakter istotny. Należyte wykazanie ich rynkowości pozwala bowiem na ocenę, czy dany wykonawca jest w stanie przez cały okres trwania zamówienia (bez względu na ilości zlecone mu do przerobu) wykonać je w sposób należyty. Aby to było jednak możliwe zaoferowana cena winna pokrywać wszystkie koszty związane z danym podzadaniem. Odwołujący zrezygnował z wykazania powyższego w ramach wyjaśnień i jak wynika z treści odwołania nie miał zamiaru podać Zamawiającemu danych, które pozwalałyby na weryfikację cen jednostkowych. W ocenie PDM Odwołujący nie sprostował obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia mają charakter lakoniczny oraz są obarczone błędami logicznymi, które nie pozwalają na ich przyjęcie przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego obowiązkiem Odwołującego było ustosunkowanie się do treści wezwania przez przyzmat pkt 17.4. SWZ czego wykonawca ten zaniechał. Argumentacja w tym zakresie pojawiła się po raz pierwszy w odwołaniu. Prawidłowe określenie cen jednostkowych dla wynagrodzenia kosztorysowego jest kluczowa w kontekście możliwości należytego wykonania zamówienia. Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie wskazał natomiast ceny jednostkowe niższe niż te oferowane przez rynek i nie uzasadnił tej okoliczności w żaden sposób. W tym zakresie stoi On na stanowisku, że Zamawiający miał rzekomo przyjąć na potrzeby porównania cen jednostkowych zaoferowanych przez Odwołującego w wartości netto ceny jednostkowe podwykonawców w wartości brutto – nie znajduje to jednak żadnego potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym, a co wynika z porównania cen jednostkowych zaproponowanych przez Odwołującego oraz jego podwykonawców:

I.p.	Nazwa pozycji kosztorysu	Cena jednostkowa wykonawcy (netto)	Cena jednostkowa podwykonawcy (netto)
1.	Wywóz złomu z terenu rozbiórki, samochodem skrzyniowym na odległość do 20·km, załadunek i odwóz materiału wg uznania i na koszt wykonawcy	1 928,95 zł	2.900,00 zł
2.	ANALOGIA: Montaż rurociągów średniego ciśnienia z rur PE 100 RC dn90 SDR 17, rury proste	175,00 zł	180,00 zł
3.	Przygotowanie i podłączenie do czynnej sieci gazowej zgodnie z wymogami dostawcy gazu	4 600,00 zł	5.000,00 zł
Ceny podane w kosztorysie Kapturgaz zostały wyrażone w wartości netto a nie brutto.			

Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji złożonych przez wyjaśnień w zakresie dotyczącym cen jednostkowych.

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba przyjęła złożoną przez Zamawiającego dokumentację postępowania oraz dopuściła w poczet materiału dowodowego dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego w postaci samodzielnie sporządzonego przez tego wykonawcę zestawienia cen podanych w kosztorysach ofertowych branż instalacji wodociągowej i gazowej.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi powiatowej nr 2018 K Biskupice – Targowisko klasy Z od drogi wojewódzkiej nr 966 klasy G w miejscowości Biskupice do drogi gminnej nr 560000K klasy L w miejscowości Bodzanów, gm. Biskupice, powiat wielicki – od km 0+007,37 do km 1+579,44. Prace objęte przedmiotem zamówienia obejmują szereg czynności związanych m.in. z rozbudową jezdni, budową chodnika, przebudową pobocza, montażem barier, umocnieniem skarp, a także przebudową dwóch odcinków sieci wodociągowej, przebudową sieci gazowej średniego ciśnienia, przebudową kabla elektrycznego niskiego napięcia oraz przebudową rurociągu i kabla światłowodowego. Prace te zostały ujęte w branżach: drogowa (obejmująca przeważającą większość robót objętych przedmiotem zamówienia), instalacyjna – sieci wodociągowe, instalacyjna – sieć gazowa, elektryczna, teletechniczna.

W postępowaniu swoje oferty złożyło ośmiu wykonawców:

- SARIVO INFRASTRUKTURA SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, cena 9 584 211,13 PLN,
- PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWO-MOSTOWE SPOLKA AKCYJNA, Drogowców 1, cena 8 195 882,46 PLN,
- TERS SPOLKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA, cena 9 619 041,23 PLN,
- STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., cena 9 976 194,77 PLN,
- FIRMA HANDLOWO-USEUGOWA "WANTA" PIOTR ZEBOL, cena 8 821 596,59 PLN,
- Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe, LIMDROG” Sp. z o. o., cena 8 336 925,46 PLN,
- Odwołujący, cena 7 484 152,99 PLN,
- Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe JANDA Janina Duda, cena 9 385 494,83 PLN

W dniu 3 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego branż: wodociągowa, gazowa oraz teletechniczna, wskazując:

*Zgodnie z art. 224 ust 1 Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający sprawdzając oferty zwrócił uwagę, iż części składowe kosztorysu ofertowego w/w branż są 30% niższe od średniej arytmetycznej złożonych ofert. W związku z powyższym Zamawiający powziął wątpliwość czy cena kosztorysu ofertowego nie jest rażąco niska i czy Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienia po zaoferowanej cenie.*

Zgodnie z SWZ pkt. 17.4 „Cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności:

-robociznę bezpośrednią,

-wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu,

-wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy.

-koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP, i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy.

-inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie

mi. tablicy informacyjnej, roboty tymczasowe związane z technologią wykonania robót), zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym,

-podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami, z wyłączeniem podatku VAT.”

W związku z powyższym prosimy o przedstawienie wyliczeń i dowodów potwierdzających że wykonawca wyliczając cenę uwzględnił wszystkie części składowe cen jednostkowych oraz wskazanie jakie okoliczności miały wpływ na tak korzystną wartość robót branżowych.

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 uPzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z zachowaniem określanego w tym celu terminu, tj. w dniu 8 lipca 2024 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 15 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty podając

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt. 8 oraz 224 ust 6 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych, tekst jednolity (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) oferta nr 7 złożona przez konsorcjum Lider: PROFEXIM Spółka jawna H. J Duda, Chodkiewicza 9/4, 31-532 Kraków, Partner: PRODiM Sp. z o.o , Blokowa 14, 31-752 Kraków, zostaje odrzucona ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wraz z dowodami nie uzasadnił podanej w ofercie ceny.

Uzasadnienie:

W dniu 03.07.2024 Wykonawca Konsorcjum PROFEXIM Spółka jawna H. J. Duda, Chodkiewicza 9/4, 31-532 Kraków partner: PRODiM Sp. z. o.o Blokowa 14, 31-752 Kraków został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust 1 ustawy Pzp, dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego: branża wodociągowa gazowa oraz teletechniczna.

Wyjaśnienie wpłynęły w wyznaczonym terminie.

Złożone pisemne wyjaśnienia zawierają ogólne informacje o tym, że zaoferowana kwota została oparta na rzetelnych kalkulacjach z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W przedłożonych wyjaśnieniach Wykonawca Konsorcjum Lider: Profexim wyjaśnił iż cena została skalkulowana w dwóch wariantach:

1)Wykonanie siłami własnymi - oferta oparta na ofertach dostawców załącznik nr 1

2)Powierzenie robót podwykonawcy załącznik nr 2

Analizując wycenę pozycji kosztorysu na podstawie załącznika nr 1 — oferta materiałowa i nr 2 oferta na wykonanie sieci gazowej i wodociągowej, jednoznacznie widać iż cena jednostkowa nie obejmuje zgodnie z wyjaśnieniami wszystkich składników cenotwórczych, co powoduje, iż wycena tych pozycji jest niezgodna z SWZ.

Zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień oraz SWZ pkt 17.4 „Cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności:

- robociznę bezpośrednią,

-wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu - wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy.

-koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP, i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy.

-inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie mi. tablicy informacyjnej, roboty tymczasowe związane z technologią wykonania robót) zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym.

-podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami, z wyłączeniem podatku VAT.”

W przedstawionych załącznikach do wyjaśnień Wykonawca przedstawił dowody, iż ceny jednostkowe nie zawierają wszystkich składników cenotwórczych opisanych w SWZ, a w niektórych przypadkach nie pozwalają nawet na zakup materiału do realizacji danej pozycji, jednostki obmiarowej.

W szczególności brak w cenach jednostkowych pozycji:

- koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP, i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy.
- inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie m. tablicy informacyjnej, roboty tymczasowe związane z technologią wykonania robót)
- zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym.

1.Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 - jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

1.1Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące cen jednostkowych robót branżowych instalacji, gazowej przedstawił ofertę podwykonawcy z wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego.

- W kosztorysie A1.3 sieć gazowa w 26 pozycjach na 38 pozycji (zgodnie z przedstawionym załącznikiem nr 2 do pisma) cena jednostkowa jest tożsama z ceną przedstawioną w kosztorysie złożonym przez konsorcjum PROFEXIM Spółka jawna H. J. Duda, PRODiM Sp. z o.o co oznacza, iż Wykonawca nie uwzględnił zgodnie z zapisami SWZ 17.4 w cenie jednostkowej kosztów pośrednich, innych kosztów oraz zysku kalkulacyjnego. W przedstawionym wyjaśnieniu Wykonawca oświadczył, iż ceny jednostkowe zawierają koszty pośrednie, pozostałe koszty oraz zysk kalkulacyjny. Załączone do pisma dokumenty nie potwierdzają tego oświadczenia, a wręcz zaprzeczają. Jeżeli przyjmiemy, iż do tych pozycji Wykonawca przyjął wyliczenia na podstawie oferty materiałowej i kosztów własnych to w pozycjach 2.9; 2.10; 2.11; 2.12; 2.13; 2.14 oraz 2.23 wartość materiału przedstawiona w ofercie jest wyższa niż cena w ofercie konsorcjum, co dodatkowo potwierdza że cena jednostkowa nie zawiera wszystkich składników cenotwórczych, a nawet nie pokrywa w całości wartości materiału potrzebnego do wykonania danej jednostki obmiarowej.
- Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę iż pozycja 1.9; 2.1 oraz 2.29 w ofercie podwykonawcy jest droższa od tożsamych pozycji w kosztorysie ofertowym konsorcjum. W przedstawionych wyjaśnieniach nie ma informacji, iż zlecenie dla potencjalnego podwykonawcy mogło by obejmować tylko część robót przy wykonaniu sieci instalacji gazowej, a więc Zamawiający domniema, iż w pozycjach 1.9; 2.1 oraz 2.29 Konsorcjum poniesie stratę, gdyż ceny podwykonawcy są wyższe niż przedstawione w kosztorysie ofertowym złożonym w postępowaniu.
- W pozycji nr 2.9; 2.10.; 2.11; 2.12; 2.13 kosztorysu ofertowego złożonego przez podwykonawcę oraz w ofercie Konsorcjum Profexim/Prodim cena jednostkowa wynosi 40 zł netto, za 1 szt. wykonania robót, a w przedstawionym do wyjaśnień zestawieniu materiałów z bezpośredniego magazynu cena jednostkowa 1 szt. materiału wynosi 49,00 zł. (42,00zł) W związku z powyższym w przypadku wyceny na podstawie oferty podwykonawcy nie zostały uwzględnione koszty pośrednie, inne koszty oraz zysk, a jeżeli wartość ceny jednostkowej była oparta na wycenie sił własnych to cena jednostkowa w/w pozycji kosztorysu nie uwzględnia w całości ceny materiału potrzebnego do realizacji prac potrzebnych do wykonania jednostki obmiarowej oraz pozostałych czynników cenotwórczych.

1.2Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące cen jednostkowych robót branżowych instalacji, wodociągowa przedstawił ofertę podwykonawcy z wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego.

- 1)W pozycjach od 2.1 do 3.9 z wyłączeniem pozycji 3.1 i 3.4 wartość cen jednostkowych w kosztorysach podwykonawcy jest taka sama jak wartość cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym. Wykonawca nie uwzględnił zgodnie z zapisami SWZ 17.4 w cenie jednostkowej kosztów pośrednich, innych kosztów oraz zysku. W przedłożonym oświadczeniu jest ogólne oświadczenie, iż cena jednostkowa przedstawiona w kosztorysie ofertowym zawiera wszystkie składniki cenotwórcze jednak dowody w postaci załącznik nr 1 i 2 tego nie potwierdzają.
- 2)W pozycji nr 3.3 wartość materiału potrzebnego do realizacji jednostki obmiarowej wynosi 59,58 zł a cena jednostkowa w kosztorysie ofertowym wynosi 50,00zł, a więc nie pokrywa w całości wartości materiału potrzebnego do realizacji tej pozycji cenowej.
- 3)W pozycji 1.2 wartość oferty podwykonawcy wynosi 3 035,80zł a wartość pozycji w kosztorysie ofertowym wynosi 1 928,95 zł. Biorąc pod uwagę to, że Wykonawca uzasadnił iż wycenę robił na podstawie załącznika nr 2 lub sił własnych Zamawiający może się domyślić iż różnica ta jest podyktowana tym iż w tej konkretnej pozycji 1.2 Wywóz złomu z

terenu rozbiórki została wyliczona jako roboty wykonane samodzielnie bez zlecenia podwykonawcy. Nie są to prace specjalistyczne typowe dla przebudowy wodociągu więc może je Wykonawca wykonać samodzielnie. Wyjaśnienia w tym zakresie nie są precyzyjne. Zamawiający próbując zrozumieć wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie może przyjąć takie rozwiązanie, jeżeli przyjmie, iż Wykonawca zleci te prace podwykonawcy to w tej pozycji cenowej poniesie stratę.

1.3 Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące cen jednostkowych robót branżowych instalacji telekomunikacyjnej przedstawił ofertę podwykonawcy z wyceną poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Widać, iż w każdej pozycji kosztorysu ofertowego zostały doliczone dodatkowe koszty świadczące o tym, iż ceny jednostkowe poszczególnych pozycji zawierają zgodnie z SWZ pkt. 17.4 wszystkie składniki cenotwórcze.

1.4 Zgodnie z orzeczenie KIO 1813/23 „oczywistym jest że przedstawione w specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określenie co powinna zawierać cena jednostkowa podana w ofercie wykonawcy stanowi warunek zamówienia w rozumieniu tego przepisu. ( ... ) wynika iż każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składająca się na ofertę wykonawcy składana w postępowaniu musi uwzględnić wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową), w tym koszty robocizny i koszty pracy sprzętu ; na marginesie wyłącznie można wskazać, że każda z tych cen musi także uwzględniać ( rzecz jasna w części) koszty ogólne (których poniesienie jest konieczne w celu wykonania zamówienia, ale nie będące kosztami ponoszonymi w celu wykonania poszczególnych prac), zysk i podatki.”

Wobec powyższego, na podstawie przedstawionych dowodów należy uznać iż w przypadku kosztorysów branży gazowej i wodociągowej jest niezgodność pomiędzy treścią oferty a warunkami zamówienia wynikającymi z pkt. 17.4 SWZ.

2. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 - zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2.1 Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne i wyczerpujące. Powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Tymczasem Wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące branży gazowej i wodociągowej wykazał niezgodność złożonej oferty z warunkami zamówienia. Wyjaśnienia są ogólne i zawierają lakoniczne wielokrotnie powtarzające się zapisy, że Wykonawca posiada niezbędny sprzęt i zasób kadrowy, co ma znaczenie przy realizacji robót drogowych. W przedstawionej w postępowaniu ofercie w pkt. X Wykonawca oświadczył, iż roboty w zakresie branży instalacyjnych zostaną zlecone podwykonawcy, a więc to czy Wykonawca posiada specjalistyczny sprzęt do realizacji robót drogowych nie ma większego znaczenia.

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie sprecyzował szczegółowo jakie dokumenty mają zostać złożone w celu wykazania iż cena nie jest rażąco niska, ale ewidentnie żądał wyjaśnień dotyczących tylko robót branży wodociągowej, gazowej oraz teletechnicznej. Wątpliwości Zamawiający powziął w związku z tym iż analizując ofertę wykonawcy wartość średniej arytmetycznej złożonych ofert branżowych jest niższa niż 30% wartości pozostałych ofert. Co potwierdza poniższa tabela.

lp.	Opis	wartość oferty nr 7 konsorcjum Profexim /Prodim	wartość średniej arytmetycznej złożonych ofert	wartość o 30% mniej niż średnia arytmetyczna
1	Branża Drogowa	5 749 599,93	6 719 045,38	4 703 331,77
2	Sieć wodociągowa	15 750,00	24 961,75	17 473,22
3	Sieć Gazowa	174 686,00	307 523,23	215 266,26
4	Branża elektryczna	93 046,30	103 596,26	72 517,38
5	Branża teletechniczna	51 595,00	101 326,58	70 928,61

6	Razem	6 084 677,23	7 256 453, 19	5 079 517,23
---	-------	--------------	---------------	--------------

W związku z powyższym Zamawiający miał prawo wątpić w realizację Zamówienia w przypadku robót branżowych. A z zgodnie z ustawą to na Wykonawcy ciąży obowiązek wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia oraz wykazać: jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu obniżyć cenę oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny być poparte stosownymi dowodami.

2.2 Wykonawca przedstawił do wyjaśnień oferty materiałowe (załącznik nr 1 Kanwa i Nova) z dnia 08.07.2024, a termin składania ofert upłynął dnia 25.06.2024 w związku z powyższym Zamawiający poddaje wątpliwość wiarygodności złożonych wyjaśnień. Zamawiający mierzył się z zamiarem wezwania do złożenie szczegółowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (załącznik nr 1) z myślą iż Wykonawca pomylił załącznik nr 1 z jakimś innym postępowaniem. Analizując jednak treść oferty potwierdziła się ilość materiałów z ilościami przedstawionymi w kosztorysie ofertowym naszego postępowania, a więc nie może być mowy o pomyłce Wykonawcy. Jeżeli zamiarem wykonawcy miało być udowodnienie, iż jest w stanie zakupić materiał w celu realizacji tego zamówienia mógł to napisać w wyjaśnieniach, oraz uzasadnić rozbieżność cen jednostkowych przedstawionych w ofercie materiałowej w siedmiu pozycjach gdzie materiał jest droższy od przedstawionej w ofercie cenie jednostkowej danej pozycji obmiarowej (gaz 2.9; 2.10., 2.11; 2.12; 2.13\*, 2.23 ; woda - 3.3)

Wykonawca nie pofatygował się aby wyjaśnić w sposób konkretny, jakie czynniki miały wpływ na obniżenie ceny wartości robót instalacyjnych gazowych. Przedstawił niezgodne i nie pokrywające się ze sobą oferty.

2.3 Wykonawca przedstawił ofertę firmy podwykonawczej KAPTURGAZ z dnia 17.06.2024 branży wodociągowej i gazowej. Z przedstawionych ofert wynika iż realizacja robót przez podwykonawcę spowoduje, iż w większej części pozycji kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1 tabela nr 1 porównanie kosztorysów gazowych tabela nr 2 porównanie kosztorysów wodociągowych) ceny jednostkowe oferty podwykonawców pokrywają się z cenami jednostkowymi złożonymi w kosztorysie ofertowym, oraz w kilku pozycjach są wyższe co widać w załączonych tabelach. Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca przedstawił dowód, iż cena zawiera rażąco niską cenę, gdyż nie obejmuje wszystkich czynników cenotwórczych a w szczególność kosztów pośrednich, innych kosztów oraz zysku kalkulacyjnego dla głównego wykonawcy.

2.4 Wykonawca przedstawił kosztorys ofertowy firmy podwykonawczej usługi telekomunikacyjne T.Ż. z dnia 20.06.2024 rok. Przedstawione dokumenty pokazują, iż Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie po cenach jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym złożonym w postępowaniu. Do cen jednostkowych zostały doliczone dodatkowe koszty które potwierdzają iż Wykonawca przygotowując ofertę uwzględnił w kosztach wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z SWZ.pk. 17.4

2.5 Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych Wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie Wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską, a więc jeżeli Wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach przedstawia dowody iż cena nie zawiera wszystkich składników cenotwórczych, a więc kosztów pośrednich, innych kosztów oraz zysku to jest rażąco niska, nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z SWZ.

Wobec powyższego, na podstawie przedstawionych dowodów należy uznać, iż w przypadku kosztorysów branży gazowej i wodociągowej Wykonawca udowodnił, iż cena jest rażąco niska.

Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie 226 ust. 1 pkt. 8, Wykonawca nie udowodnił iż przedstawione ceny jednostkowe w kosztorysach branży gazowej i wodociągowej nie są rażąco niskie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie wskazania wymaga, że w przypadku zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty, Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania m.in. z uwzględnieniem treści zawiadomienia o dokonaniu tej czynności.

Jak wynika z powyżej przedstawionego uzasadnienia przekazanego wykonawcy przez Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp. Zamawiający podał w szczególności, że z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na wezwanie, wystosowane w związku z wątpliwościami co do zaoferowanych cen w kosztorysach branż: wodociągowej, gazowej i teletechnicznej, wynika brak uwzględnienia w

cenie pierwszych z dwóch ww. kosztorysów ofertowych wszystkich składników cenotwórczych, określonych w pkt 17.4 SWZ, nadto wyjaśnienia są ogólnikowe i nie odpowiadają na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą jej odrzucenia wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

W sprawie nie ma sporu, że Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane w SWZ kosztorysy jak też, że do złożonych wyjaśnień ceny swojej oferty załączył oferty podwykonawcy i dostawcy materiałów wskazujące, że w szeregu pozycjach branży wodociągowej i gazowej zawierają one ceny wyższe lub równe tym, które zostały w skazane w kosztorysach ofertowych Odwołującego. Nie jest też sporne, że Zamawiający przewidział w SWZ wynagrodzenie kosztorysowe, jak również to, że dopuścił możliwość rezygnacji z wykonania instalacji gazowych.

W okolicznościach analizowanej sprawy rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy to, że z wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego jasno wynika, że skalkulował on cenę oferty z uwzględnieniem m.in. ofert podwykonawcy czy dostawcy materiałów, w których niektóre pozycje zostały określone na wyższym lub równym poziomie jak w ofercie złożonej przez Odwołującego, stanowi podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na brak uwzględniania w każdej z pozycji wszystkich wymaganych składników cenotwórczych wskazanych w pkt 17.4 SWZ, który według Zamawiającego jest jednym z postanowień, określających warunki udziału w postępowaniu, zaś wobec Odwołującego, nie odnosi się do treści ofert składanych w postępowaniu, lecz jedynie określa sposób ustalenia ceny ofertowej.

W pierwszej kolejności przesądzenia zatem wymaga charakter pkt 17.4 SWZ, zgodnie z którym: „Cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności:

- robocizną bezpośrednią,
- wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu,
- wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy.
- koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP, i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy.
- inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie m. tablicy informacyjnej, roboty tymczasowe związane z technologią wykonania robót), zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym,
- podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami, z wyłączeniem podatku VAT.”

W ocenie Izby należy uznać, iż Zamawiający, powołując się na stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku wydanym w sprawie KIO 1813/23, w której był stroną postępowania, zasadnie przyjął, iż pkt 17.4 SWZ określa warunki udziału w postępowaniu i wobec stwierdzenia, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują, że wykonawca ten nie zastosował się do wymogów określonych w tym postanowieniu SWZ, odrzucił jego ofertę.

Zgodnie z pkt 11.12. SWZ *Ofertę stanowi wypełniony Formularz Oferty załącznik A do SWZ oraz kosztorys ofertowy stanowiący załącznik A1.1;A1.2;A1.3;A1.4;A1.5;A1.6 do SWZ* Stosownie do pkt 17.2. i 17.3. SWZ: *17.2 Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową, obliczoną na podstawie kosztorysu ofertowego - wzór załącznik A1.1; A1.2; A1.3; A1.4; A1.5; A1.6 do SWZ* 17.3 *Kosztorys ofertowy załącznik A1.1-A1.6 przy obliczeniu ceny jednostkowej należy wziąć pod uwagę informacje zawarte w przedmiarze robót oraz STWiOR.*

W analizowanym postępowaniu kosztorysy ofertowe, stanowią część oferty. Nie można więc zgodzić się z Odwołującym, że pkt 17.4 SWZ nie odnosi się do treści oferty. Punkt 17.4 SWZ ma zastosowanie do cen jednostkowych

podawanych w kosztorysie ofertowym, składającym się na ofertę wykonawcy, a zatem odnosi się do treści oferty. Z zawartego w tym punkcie sformułowania „cena jednostkowa powinna zawierać ...” wynika, że każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną w postępowaniu musi uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac. Wobec jasnej treści ww. postanowienia SWZ, ceny jednostkowe wskazywane przez wykonawców w kosztorysach ofertowych winny zawierać pełny koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, w szczególności wszystkie koszty wskazane w pkt 17.4 SWZ.

Skoro Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe oraz możliwość rezygnacji z określonych robót wycenianych w kosztorysie ofertowym, a także określił, jakie koszty winny być uwzględniane w każdej cenie jednostkowej, to oznacza, że wykonawcy byli obowiązani do rzetelnego skalkulowania tych cen z uwzględnieniem wszystkich wymaganych kosztów, tak aby umożliwić porównanie ofert na etapie oceny ofert oraz umożliwić prawidłowe rozliczenie zadania na etapie jego realizacji.

W sytuacji zatem, gdy dowody załączone do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazują jasno, że szereg cen jednostkowych oferty tego wykonawcy nie uwzględnia wymaganych w SWZ kosztów, to oznacza, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach dał wyraz temu, że sporządzając ofertę nie zastosował się do wymogów SWZ, a w konsekwencji, że istnieje niezgodność pomiędzy treścią oferty tego wykonawcy a warunkami zamówienia określonymi w pkt 17.4 SWZ. Ogólnikowe zapewnienia przedstawione w wyjaśnieniach, bez przedstawienia uzasadnienia, dlaczego wyższe ceny ofert podwykonawcy pozwoliły Odwołującemu na uwzględnienie w cenach kosztorysów ofertowych także kosztów wymienionych w pkt 17.4, w tym np. kosztów pośrednich obejmujących płace personelu i kierownika budowy, nie mogą zmienić tej oceny. Także przedstawiona przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym argumentacja, że podwykonawca uwzględnił w swojej ofercie np. koszty pośrednie czy zysk, nie zmienia tej oceny, bowiem wymóg SWZ odnosi się do wykonawcy w tym postępowaniu i to wobec wykonawcy jego spełnianie jest oceniane.

Od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego jako od profesjonalisty wymagana jest staranność w działaniu, która stosownie do art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego podlega podwyższeniu. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności uzasadnia zwiększone oczekiwanie m.in. co do umiejętności, wiedzy, rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Z tych względów w sytuacji, gdy Odwołujący wskazywał na udział podwykonawcy w realizacji zamówienia i załączał do wyjaśnień otrzymane oferty, których ceny w części były wyższe niż przez niego zaoferowane, powinien, znając treść pkt 17.4 SWZ, przewidzieć, jak to zostanie ocenione przez Zamawiającego i przedstawić wiarygodne wyjaśnienie w tym zakresie. W sytuacji natomiast rezygnacji z przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie oraz zaniechania przedstawienia kalkulacji wymaganych w wezwaniu, otrzymanym od Zamawiającego, Odwołujący powinien liczyć się z negatywnymi konsekwencjami tych zaniedbań.

Powstanie obowiązku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest uzależnione od tego, jak duże są to niezgodności z warunkami zamówienia. Istotne jest to czy są one usuwalne, stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie sposób uznać, że zaoferowanie przez Odwołującego cen jednostkowych w branżach wodociągowej i gazowej na poziomie wskazującym na brak spełnienia wymogu, określonego w pkt 17.4 SWZ, jest omyłką podlegającą poprawie. Nadto ujawniona w wyjaśnieniach, złożonych przez Odwołującego, niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia dotyczy kosztorysu ofertowego, stanowiącego element oferty tego wykonawcy, który nie podlega uzupełnieniu.

W tym stanie rzeczy, nie potwierdził się zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W konsekwencji odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie, jak wyżej zostało wskazane, Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W związku z tym ewentualne potwierdzenie się zarzutu dotyczącego drugiej z ww. podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia. Dla zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp konieczne jest uprzednie wystąpienie

zamawiającego do wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, o którym mowa w art. 224 ustawy Pzp. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. W związku z tym, odpowiedź wykonawcy na takie wezwanie powinna zawierać w szczególności wyjaśnienia wątpliwości zgłoszonych przez zamawiającego, powinna być rzeczowa, spójna. Składając wyjaśnienia wykonawca nie powinien zakładać, iż zamawiający wystosuje wobec niego następne wezwanie, lecz powinien dążyć do złożenia wyjaśnień w pełni odpowiadających na otrzymane wezwanie.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności przedmiot zamówienia, treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi.

W okolicznościach analizowanej sprawy Odwołujący został wzywany do wyjaśnień ceny oferty w zakresie trzech branż, tj. branży wodociągowej, gazowej i teletechnicznej. Jak powyżej zostało ustalone, Zamawiający w wezwaniu przywołał pkt 17.4 SWZ i wyjaśnił z czego wypływają jego wątpliwości czy cena kosztorysu ofertowego tego wykonawcy nie jest rażąco niska i czy Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie po zaoferowanej cenie. W wezwaniu Zamawiający zażądał przedstawienia wycień i dowodów potwierdzających, że wykonawca wyciszając cenę uwzględnił wszystkie części składowe cen jednostkowych oraz wskazania jakie okoliczności miały wpływ na tak korzystną wartość robót branżowych. Zamawiający wskazywał również na konsekwencje braku złożenia wyjaśnień lub oceny, że wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w postaci odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zaskarżył wezwania do wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie, zastrzegając pismo jako tajemnicę przedsiębiorstwa, które zostało odtajnione przez Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił wycień, lecz ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń. W zakresie wyceny robót branżowych, które budziły wątpliwości Zamawiającego Odwołujący podał, że roboty w branżach wodociągowej i gazowej zostały skalkulowane w dwóch wariantach:

- 1) Wykonanie siłami własnymi – wycena w tym przypadku została oparta na ofertach dostawców materiałów (Załącznik nr 1: oferty materiałowe) oraz kosztach własnej robocizny i sprzętu.
  - 2) Powierzenie do wykonania podwykonawcy – w tym przypadku do wyceny przyjęto ofertę Podwykonawcy KAPTURGAZ Usługi wod-kan-gaz S.K. (załącznik nr 2)
- Roboty w branży teletechnicznej zaplanowano powierzyć do wykonania podwykonawcom, i wyceniono na podstawie oferty Podwykonawcy: T.Ż Usługi Telekomunikacyjne (Załącznik nr 3).

W dokumentach złożonych na wezwanie, Odwołujący nie przedstawił kalkulacji kosztów. Nie podał wartości stawki roboczogodziny pracowników własnych oraz pracowników podwykonawcy. Nie podał żadnego sposobu obliczenia ceny jednostkowej, nie przytoczył nawet przykładowej kalkulacji ceny na dowód, iż cena ta zawiera wszystkie składniki cenotwórcze. Jak słusznie zauważył Zamawiający, z porównania kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego oraz załączonej do wyjaśnień ofert podwykonawców wynika, że część cen jednostkowych w ofercie Odwołującego jest ustalona na poziomie, który nie zawiera marginesu pozwalającego na uznanie, że wszystkie koszty wymienione w pkt 17.4 SWZ zostały w nich uwzględnione.

Jakkolwiek okolicznościach analizowanej sprawy w przypadku rozliczenia kosztorysowego i możliwości rezygnacji z określonego zakresu prac oraz wyraźnego określenia co powinny zawierać ceny jednostkowe, skutkuje tym, iż ceny te mają istotne znaczenie i mogły być przedmiotem wyjaśnień, to jednak nie zwalnia to Zamawiającego z analizy otrzymanych wyjaśnień także w kontekście ceny oferty. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający natomiast nie podniósł i nie uzasadnił, dlaczego brak uwzględnienia w określonych pozycjach dwóch kosztorysów branżowych wszystkich kosztów wskazanych w pkt 17.4 SWZ, przekłada się na rażące zaniżenie ceny całej oferty tego wykonawcy. Zgodnie z ukształtowanym orzecnictwem natomiast za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał wprawdzie, że wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach wraz z dowodami nie uzasadnił podanej w ofercie ceny, jednak z treści informacji wynika, że podstawą do decyzji była treść udzielonych wyjaśnień, z której wynika, że Odwołujący nie uwzględnił wszystkich wymaganych w pkt 17.4 SWZ kosztów w części pozycji kosztorysu ofertowego dwóch branż, bez wskazania, że miało to wpływ na rażące zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy.

Wobec zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powyższe pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania.

Na marginesie, również zauważenia wymaga, że odrzucając ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający powinien wskazać, iż następuje to w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jak też, że zasygnalizowane manipulowanie ceną, stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy.

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 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).

**Przewodnicząca:** .....