Sygn. akt: KIO 1788/24

WYROK
z dnia 17 czerwca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 maja 2024 roku** przez wykonawcę **R.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano – Konserwatorska „Budkon" R.S. z siedzibą w Gdańsku** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Muzeum Zamkowe w Malborku**
z siedzibą w Malborku
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego: **M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 3JM M.B. z siedzibą w Kwidzynie** (Przystępujący)

orzeka:

Oddala odwołanie;
kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - R.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano – Konserwatorska „Budkon" R.S.**
siedzibą w Gdańsku w następujący sposób**:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **R.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano – Konserwatorska „Budkon" R.S. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **1 014 zł 00** (słownie: tysiąca czternastu złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów podróży, a także kwotę **756 zł 70** (słownie: siedmiuset pięćdziesięciu sześciu złotych siedemdziesięciu groszy) poniesioną przez Zamawiającego – **Muzeum Zamkowe w Malborku z siedzibą w Malborku** tytułem kosztów podróży;

2.2.zasądza od Odwołującego – **R.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano – Konserwatorska „Budkon" R.S. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego - **Muzeum Zamkowego w Malborku z siedzibą w Malborku** kwotę **756 zł 70 gr** (słownie: siedmiuset pięćdziesięciu sześciu złotych 70/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów podróży.

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 1788/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Muzeum Zamkowe w Malborku z siedzibą w Malborkuprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie zabezpieczeń zachodniego odcinka muru oporowego zamku w Sztumie oraz prace konserwatorskie muru oporowego i Wieży Więziennej". Numer ogłoszenia w BZP - 2024/BZP 00227841 z dnia 1 marca 2024 roku.

Dnia 20 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
na podstawie art. 513 pkt. 1) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 ze zm. – zwanej dalej „ustawą", bądź „Pzp"), odwołanie złożył R.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlano – Konserwatorska „Budkon" R.S. z siedzibą w Gdańsku, (dalej jako „Odwołującym").

Odwołanie złożono na czynności Zamawiającego polegające na:

1.Odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.wyborze oferty M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 3JM M.B. z siedzibą w Kwidzynie, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

a)art. 224 ust. 1 Pzp poprzez nie określenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") lub wezwaniu do wyjaśnień, które elementy oferty Odwołującego stanowią istotne części składowe ceny ofertowej lub kosztu i które

zdaniem Zamawiającego wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

a następnie wyciąganie względem Odwołującego negatywnych konsekwencji

za niedostateczne, zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienie tych istotnych części składowych ceny;

b)art. 224 ust. 1 Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego ogólnikowego

i pozbawionego merytorycznych pytań wezwania do złożenia wyjaśnień, a następnie odrzucenie oferty w sytuacji, gdy Odwołujący nie miał i nie mógł mieć wiedzy, które elementy oferty i wyjaśnień wzbudziły wątpliwości Zamawiającego;

c)art. 224 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie złożył wystarczających wyjaśnień w zakresie poszczególnych punktów tej regulacji ustawowej, podczas, gdy zbiór zagadnień określony w tym przepisie ma charakter przykładowy i Odwołujący udzielił odpowiedzi w takim zakresie, w jakim okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 pkt. 1-8 Pzp mają wpływ na jego cenę ofertową;

d)art. 224 ust. 3 pkt. 4) i 6) w zw. z art. 224 ust. 4 Pzp poprzez pominięcie przez Zamawiającego, że zgodnie z ustawą wykonawca robót budowlanych zobligowany jest do udzielenia informacji mających wpływ na cenę w zakresie kosztów pracy i przestrzegania prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, co Odwołujący uczynił;

e)art. 224 ust. 5 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, podczas, gdy Odwołujący przedstawił pełną kalkulację wszystkich kosztów i przedstawił dowody na ich poparcie, a Zamawiający nie wykazał, które koszty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie wykazał, że za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi

z odrębnych przepisów;

f)art. 224 ust. 6 Pzp poprzez nie określenie w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, które koszty lub elementy ceną są rażąco niskie oraz nie uwzględnienie w ocenie wyjaśnień Odwołującego informacji zawartych w dokumentach przetargowych,

tj. projekcie budowlanym i w konsekwencji zaniechanie czynności wyczerpującego wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny, pomimo tego, że Odwołujący udzielił pełnych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego oraz wskazał dodatkowe informacje, które potwierdzały, że Odwołujący rzetelnie skalkulował zaoferowaną przez siebie cenę;

g)art. 226 ust. 1 pkt. 8) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas, gdy Odwołujący wykazał, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, a Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji konkretnych elementów ceny ofertowej lub kosztu, które zdaniem Zamawiającego są rażąco niskie;

h)oraz innych przepisów ustawy Pzp i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosił o:

-nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 15.05.2024 r. o odrzuceniu oferty R.S. z postępowania;

-nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji z dnia 15.05.2024 r. o wyborze oferty M.B. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

-nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

Interes Odwołującego się we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty R.S., unieważnienia decyzji o wyborze oferty M.B. jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórnego badania ofert dojdzie do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych

w postępowaniu.

Informacja o wynikach postępowania, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty M.B. została doręczona Odwołującemu w drodze elektronicznej

w dniu 15 maja 2024 r. Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało zamieszczone przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 15 maja 2024 roku. Tym samym termin na złożenie odwołania upływa w dniu 20 maja 2024 roku. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W przytoczeniu elementów stanu faktycznego podano, że dniu 15 maja 2024 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Z zawiadomienia wynikało, iż wybrana została oferta złożona przez Wykonawcę 3JM M.B., ul. Dębowa 1/2, 82-500 Kwidzyn z ceną wykonania przedmiotu zamówienia w części nr 1 zamówienia w wysokości 1.549.000,00 zł brutto.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynikało, że Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie:

•art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy PZP – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

•oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP – Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest ceną rażąco niską oraz, że wezwanie zawierało wyliczenia oraz jasne i precyzyjne wskazanie katalogu elementów ceny, które należało wyjaśnić wraz z załączeniem dowodów na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że *„Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień musi wskazać, czy i jaki wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny mają w szczególności okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 ustawy PZP”*.

Oceniając wyjaśnienia Odwołującego Zamawiający stwierdził, że*„wyjaśnienia Wykonawcy są ogólnikowe, niewyczerpujące i oparte na zapewnieniach, głównie opierają się na wykazaniu Zamawiającemu braku podstaw do wezwania skierowanego do Wykonawcy w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Dodatkowo wskazać należy, że wyjaśnienia Wykonawcy nie uwzględniają wymogu wyjaśnień i dowodów w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 6 – 7 ustawy PZP.* Zamawiający zarzucił, że w pozycji nr 6 kosztorysu Wykonawca wycenił materiał na 0,00 zł z informacją, że jest to kamień z odzysku.

Zamawiający uznał, że przyjęcie tak wycenionej oferty jest niedopuszczalne z uwagi na uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców. Zamawiający zarzucił, że w pozycji 10 kosztorysu (hydrofobizacja powierzchniowa pulpitowych) nie został wyliczony materiał (brak pozycji materiałowej). Zamawiający stwierdził, że zgodnie z wyrokiem KIO 1520/17 niedopuszczalnym jest, aby Wykonawcy pominęli lub nie wliczyli kosztu nabycia materiału. Zamawiający zarzucił, że Wykonawca nie przedstawił trzech umów o pracę z pracownikami na stanowisku renowator zabytków. Zamawiający zarzucił, że Wykonawca nie wykazał, że ceny materiałów uległy zmianie oraz, że firma Remmers przedstawiła ofertę już po terminie składania ofert. Ostatecznie Zamawiający uznał, że Wykonawca nie przedstawił spójnych i konkretnych wyjaśnień. Z tego względu Zamawiający uznał, że nie był obowiązany do wzywania do dalszych wyjaśnień.

Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty zdaniem Odwołującego jest wadliwa, gdyż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były wystarczające i przedstawiały wszystkie elementy ceny. W warunkach przetargowych nie określono żadnych zastrzeżeń w zakresie kalkulowania ceny ofertowej lub wyceniania poszczególnych jej elementów, jak również nie wprowadzono zakazu wyceniania kosztów w innych pozycjach kalkulacyjnych. Wezwanie do wyjaśnień było bardzo ogólne i opierało się przede wszystkim na ogólnym zapisie ustawowym, a Zamawiający nie wskazał żadnego elementu ceny ofertowej, który wzbudzał wątpliwości. W sytuacji, gdy w ofercie wykonawcy podawali jedną łączną ryczałtową cenę ofertową, nie było obowiązku określania cen jednostkowych, ani załączania kosztorysu ofertowego, poszczególne elementy ceny ofertowej mogły zostać podane przez wykonawców dopiero na etapie ewentualnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dopiero po złożeniu tych wyjaśnień Zamawiający mógł ewentualnie powziąć wątpliwości, co do poszczególnych elementów. Jeżeli Zamawiający powziął takie wątpliwości, to powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień. Wykonawcy nie mogli z góry przewidzieć, które elementy cenowe powinny być szczegółowo wyjaśnione i jakiego typu wątpliwości mógł mieć względem tych elementów Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia, które złożył, były wystarczająco wyczerpujące i jasne oraz opatrzone wystarczającą ilością środków dowodowych, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Jeżeli jednak Zamawiający miał jakieś wątpliwości, to powinien wezwać do dalszych wyjaśnień.

W tych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne, a co najmniej przedwczesne.

Zamawiający przewidział ryczałtowy model wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SWZ) *„Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia z tytułu należytego i prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, dotrzymania warunków gwarancji zgodnie z umową oraz ofertą Wykonawcy jest wynagrodzenie ryczałtowe.”*

Zgodnie z formularzem oferty, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ ust. 1, wykonawca składał ofertę gdzie podawał łączną cenę brutto. Wykonawcy nie byli zobowiązani do określania cen jednostkowych lub załączania kosztorysu ofertowego. Kluczowe zapisy SWZ dotyczące ceny ofertowej oraz sposobu jej kalkulowania zostały zawarte w Dziale XIV „Sposób Obliczenia Ceny”:

„1. Ceną oferty jest cena brutto wskazana w formularzu ofertowym Wykonawcy, który stanowi załącznik nr 4 do SWZ.
2.Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia w tym koszty związane z gwarancją i rękojmią.
3.W cenie oferty należy uwzględnić należny podatek VAT, zgodny z przepisami podatkowymi kraju siedziby Wykonawcy wg stawki na dzień składania ofert.
4.Ceny jednostkowe wskazane przez Wykonawcę w jego formularzu cenowym obowiązującymi w okresie rozliczeniowym.
5.Cena oferty oraz ceny jednostkowe powinny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w złotych polskich (PLN). Jeżeli obliczana cena ma więcej miejsc po przecinku należy ją zaokrąglić w ten sposób, że cyfry od 1 do 4 należy zaokrąglić w dół, natomiast cyfry od 5 do 9 należy zaokrąglić w górę.
6.Zgodnie z art. 225 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny Zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć.
7.Zgodnie z art. 225 ust. 2 ustawy PZP w ofercie Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego, że:
1)wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego,
2)wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego,
3)wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym Zamawiającego bez kwoty podatku,
4)wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie.
8.Zamawiający będzie rozliczał się z Wykonawcą wyłącznie w walucie polskiej (PLN).
9.Zamawiający nie przewiduje udzielenie zaliczki na poczet wykonania zamówienia."

W przywołanych zapisach próżno szukać zastrzeżeń, że nie można wyceniać elementów ceny na kwotę 0,00 zł lub że nie można wliczać jednych kosztów do drugich.
W tym względzie Zamawiający nie postawił żadnych ograniczeń, a wykonawcy mieli swobodę w tym zakresie. Odwołujący zwrócił uwagę na zapis zbędny, a mianowicie ust. 4, bowiem
w SWZ, ofercie, wzorze umowy, ani żadnym innym załączniku do SWZ Zamawiający nie zobowiązywał wykonawców do określania cen jednostkowych. Najprawdopodobniej zapis ten był wynikiem błędu lub jest pozostałością z innego zamówienia, w którym wynagrodzenie było kosztorysowe albo mieszane. W sprawie wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy,
a Zamawiający nie postawił żadnych zastrzeżeń w zakresie sposobu jego kalkulowania.

Odwołujący wyraża stanowisko, że ocena rażąco niskiej ceny musi uwzględniać ryczałtowy charakter oferty. W przypadku wyboru takiego modelu rozliczenia, co do zasady Wykonawca nie musi szczegółowo wyjaśniać sposobu kalkulacji ceny jednostkowej (tak wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r. KIO 835/23; wyrok z dnia 12 kwietnia 2023 r. KIO 863/23).

Zamawiający nie wymagał ani określenia cen jednostkowych, ani składania kosztorysu ofertowego. Zatem Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji względem Odwołującego poprzez wyciąganie z kontekstu niektórych pozycji kosztorysowych, które zdaniem Zamawiającego nie zostały sporządzone prawidłowo lub nie potwierdzają uwzględnienia w cenie ofertowej określonych składników cenowych. Skoro Zamawiający
w SWZ określił cenę ofertową jako ryczałt i nie postawił żadnych konkretnych wymogów lub zastrzeżeń w zakresie jej kalkulowania, to sposób sformułowania pozycji kosztorysu szczegółowego (który nie był wymagany w SWZ) nie powinien mieć znaczenia przy ocenie wyjaśnień. Istotne znaczenie miały tylko wartości globalne, takie jak określony na końcu kosztorysu koszt robocizny, materiału, koszty pośrednie i zysk.

Co ważne, Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie zakwestionował wartości poszczególnych pozycji kosztorysu Odwołującego, nie wskazał, iż dany element nie może zostać wykonany za przedstawiona cenę, ani, że globalna cena ofertowa jest niewiarygodna
i nierynkowa. Zamiast tego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie potwierdził swojej ceny, gdyż zdaniem Zamawiającego w pozycjach kosztorysowych brakowało niektórych elementów. Zamawiający postawił w istocie zarzuty formalne do kształtu dokumentu, który w ogóle nie był wymagany w postępowaniu. Tymczasem w postępowaniu nie postawiono żadnych wymagań co do cen jednostkowych, a Zamawiający nie określił SWZ, ani nawet w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, które części składowe ceny są istotne.

Zamawiający powinien w samej SWZ wyraźnie zdefiniować, która część ceny jest jej istotną częścią składową, a nie arbitralnie wskazywać daną cenę jednostkowa jako taką, podczas gdy przypisana jej przez Zamawiającego waga w kryterium oceny ofert temu przeczy. Wykonawcy są obowiązani do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny całkowitej lub jej istotnej części składowej, nie mają oni zaś obowiązku wykazywania braku istnienia ceny rażąco niskiej wobec danej

ceny jednostkowej, o czym przesądził wyraźnie ustawodawca.
Jeżeli Zamawiający nie wykazał zaś w sposób oczywisty, że dana cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej, to nie powinien prowadzić szczegółowego jej badania, w tym także w zakresie kosztów pracowniczych.

W SWZ Zamawiający nie określił, które elementy ceny są jej istotnymi składowymi.
W uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty również nie wyjaśnił dlaczego dane pozycje kosztorysowe są jego zdaniem istotnymi częściami ceny całkowitej i jaki może być wpływ ich nieprawidłowego skalkulowania na cenę całkowitą. W swojej ocenie Zamawiający skupił się na zarzutach względem elementów cenowych, które jego zdaniem nie zostały dostatecznie wyjaśnione. Zamawiającemu umknęło, że Odwołujący nie miał nawet szansy aby wyjaśnić ewentualne wątpliwości.

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać za prawidłowe stanowiska, iż wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było wyczerpujące i wskazujące wątpliwe elementy ceny. W swoim wezwaniu Zamawiający prosił m. in. *„o złożenie szczegółowych*
i popartych dowodami wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny oferty, w tym o wykaz składników cenotwórczych tj.
1)wykaz materiałów i ich cen,
2)koszt pracy sprzętu,
3)roboczogodziny z podaniem wartości 1 roboczo-godziny,
4)koszty pośrednie nakładu normy na poszczególne pozycje przedmiarów,
5)przewidziany zysk."

Odwołujący w pełni odpowiedział na powyższe wezwanie składając kosztorys szczegółowy, w którym znalazły się wszystkie wymagane elementy oraz przedstawił dowody w postaci m.in. ofert dostawców, producentów oraz kopii umów o pracę.
Wezwanie Zamawiającego jest bardzo ogólne, nie wskazuje na żadne konkretne elementy ceny ofertowej. Ponadto Zamawiający zacytował treść art. 224 ust. 3 Pzp, który również nie zawiera żadnych szczegółowych wytycznych. Użyte tam sformułowanie oznacza, że jest to przykładowy katalog, a nadto, że wykonawca może, ale nie musi składać wyjaśnień
w odniesieniu do wszystkich punktów. Zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp obligatoryjnymi wyjaśnieniami, w przypadku robót budowlanych, są informacje zawarte w ust. 3 pkt. 4 i 6,
tj. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący wykazał koszt robocizny i wysokość wynagrodzenia za roboczogodzinę w kosztorysie ofertowym oraz przedstawił dowody
w postaci kopii umów o pracę z wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w wezwaniu do wyjaśnień nie określono żadnych dodatkowych wytycznych lub wymagań dotyczących ceny ofertowej lub jej elementów. Odwołujący przyznaje, że w wezwaniu nalazło się zastrzeżenie (z napisem UWAGA!!!), że *„Zamawiający prosi o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty",* ale takie zastrzeżenie jest pozbawione jakiejkolwiek treści. Z tego zastrzeżenia wykonawca nie jest w stanie ocenić, które elementy wzbudzają lub mogą wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający przedstawił w zasadzie tylko dwie wątpliwości odnoszące się do konkretnych składowych wynagrodzenia:
1.„w pozycji 6 (naprawa powierzchni murów z kamienia (…)) materiał został wyceniony na 0,00 zł, z informacją kamień z odzysku," oraz
2.„w pozycji 10 (hydrofobizacja powierzchniowa pulpitowych) nie został wyliczony materiał (brak pozycji materiałowej)."

Ad. 1.

W SWZ Zamawiający nie zakazał wyceny pozycji kosztorysowych na kwotę 0,00 zł.
W żadnym zapisie nie umieszczono zakazu wyceny pozycji na kwotę 0,00 zł. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że *„Wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wskazał, że dysponuje materiałem z odzysku, a niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Również nie zostały przedstawione dowody potwierdzające o dysponowaniu przez Wykonawcę kamieniem z odzysku".* Takie stwierdzenie jest bardzo zaskakujące i może świadczyć o tym, że Zamawiający nie zna treści dokumentacji przetargowej, za którą jest odpowiedzialny.

W projekcie budowlanym załączonym do dokumentacji przetargowej, w dziale „STAN PROJEKTOWANY Program prac konserwatorskich przy murach i wieży" opisano metodologię wykonywania robót związanych z wykorzystaniem kamienia. Na stronie 36 wskazano m.in. *„Proponuje się zatem usunąć ziemię zgromadzoną między kamieniami – najpierw ręcznie*
z użyciem szczotek, noży i innych narzędzi umożliwiających wyrzucanie ziemi spomiędzy kamieni. Potem zapewne okaże się, jak w tego typu podobnych obiektach, że trzeba będzie sukcesywnie zdejmować rozwarstwione kamienie (które

utrzymują się tylko spojone ziemią
i korzeniami) i po oczyszczeniu ponownie je wmurowywać. Prace te należy robić małymi fragmentami, i po spojeniu danej partii zapraw wracać do miejsc leżących obok. Podczas tych zabiegów należy usuwać kamienie rozwarstwione i zastępować je z odzysku lub nowymi (…) W czasie dokonywania lokalnych przemurowań i wyciąganiu kamieni należy pamiętać
o inwentaryzacji, tak aby „poszczególne elementy powróciły na swoje miejsce”.

W dziale „PROGRAM PRAC KONSERWATORSKICH – OPIS ZWIĘZŁY”, na stronie 37 wskazano, że *Kolejność prac programu konserwatorskiego opisano poniżej z dodatkowym wyjaśnieniem i wskazaniem rozwiązań jakościowych materiałów:*

(…)

3. W zależności od decyzji Inwestora – ewentualnego poszerzenia zakresu zadania – odsłonić partie murów przysłoniętych gruntem – dotyczy to wewnętrznej części muru od strony dziedzińca. Wg założeń projektowych zakres obejmuje stronę zewnętrzną muru obronnego,
i nadziemną wewnętrzną od strony dziedzińca. Oczyszczenie muru z gruntu/humusu zgromadzonego między poszczególnymi kamieniami:

a. w początkowym etapie oczyszczać ręcznie z użyciem szczotek, noży i innych narzędzi umożliwiających wyrzucanie ziemi spomiędzy kamieni;

b.sukcesywnie zdejmować rozwarstwione kamienie (które utrzymują się tylko spojone ziemią i korzeniami) tak, aby nie doprowadzić do utraty statyki poszczególnych odcinków murów i po oczyszczeniu ponownie je wmurować w uprzednie miejsce na zaprawie wapiennej z dodatkiem cementu;

c.inwentaryzować na bieżąco w czasie dokonywania lokalnych przemurowań
i wyciągania kamieni tak, aby „poszczególne elementy powróciły na swoje miejsce”;

d.zakres tych prac należy podzielić i wykonywać małymi fragmentami, a dopiero po spojeniu danej partii przechodzić do kolejnych miejsc leżących obok;

e.przemurowywać lub wymieniać usuwane rozwarstwione kamienie – należy je zastępować elementami z odzysku (inne partie muru) lub nowymi;

f.we wcześniejszych częściach opracowania zwrócono uwagę na warstwowe ułożenie kamieni w murze; konieczne jest zatem (oczywiście w miarę technicznych możliwości) wstawianie kamieni o odpowiednich gabarytach, zbliżonych do wymienianego oraz do otaczających, z których zbudowane są mury danej warstwy;

g.podczas tych prac konieczne jest także scalanie / „przeszywanie”, czy wykonywanie iniekcji wg zaleceń konstrukcyjnych.

h.równocześnie w czasie prac usuwać korzenie, wyciętych wcześniej krzewów, powrastanych w mury.

(…)

13.Wypełnić pęknięcia w obrębie poszczególnych kamieni, przez które wnikać może woda opadowa. Użyć preparatów opartych na żelu krzemionkowym KSE 500 STE zagęszczonym mączką kwarcową np. Remmers KSE – Fullstoff A/B lub równoważne.

14.Uzupełnić ubytki kamieni, zakłócające płynność wątku oraz takie, które ułatwić mogą wnikanie wody opadowej wmurowywane na zaprawie wapiennej z niewielkimi dodatkami hydraulicznymi. Ostateczne ustalenia dotyczące uzupełnienia wysokości poszczególnych partii muru należy uściślać w trakcie prac.”

Zgodnie z projektem budowlanym załączonym do SWZ roboty co do zasady będą wykonywane przy wykorzystaniu kamieni, które są wyciągane z muru, oczyszczane
i wmurowywane z powrotem, aby „poszczególne elementy powróciły na swoje miejsce”.
Co więcej, projekt dopuszcza wypełnianie pęknięć w obrębie poszczególnych kamieni (zamiast wymiany na nowe) oraz uzupełnianie ubytków kamieni (zamiast wymiany na nowe).

Odwołujący mógł zatem skalkulować daną pozycję w kosztorysie szczegółowym na 0,00 zł, gdyż projekt budowlany dopuszczał, a wręcz preferował zastosowanie kamieni
z odzysku, wyciągniętych uprzednio z konserwowanego muru. Poza tym wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, Zamawiający nie zobowiązywał wykonawców do złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą i nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców za wypełnienie tego kosztorysu w sposób odmienny od oczekiwanego przez Zamawiającego. Ponadto żaden zapis SWZ nie zakazywał wyceny jakichkolwiek elementów ceny ofertowej na 0,00 zł, a Zmawiający nie określił, które składniki ceny mają dla niego charakter istotnych
(w myśl art. 224 ust. 1 Pzp).

Dopuszczalność wyceny składnika ceny ofertowej na kwotę 0,00 zł została wielokrotnie potwierdzona przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r. ;sygn. akt 1902/13; wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 259/19; wyrok KIO z dnia 25 lutego 2019 rok, sygn. akt KIO 259/19).

SWZ nie wprowadzała żadnych zakazów lub ograniczeń dotyczących kalkulowania, wyceny pozycji lub rozbicia kosztu pozycji na inne pozycje. Cena jest ryczałtowa, w ofercie wykonawcy nie byli obowiązani do podawania cen jednostkowych. Zarzut Zamawiającego wykracza poza treść SWZ, której jest autorem. Ponadto Zamawiający nie bierze pod uwagę informacji zawartych w dokumentacji projektowej, za którą jest odpowiedzialny, która wprost dopuszcza stosowanie kamieni z odzysku (wydobytych i ponownie wmurowanych), dopuszcza „naprawę kamieni" poprzez wypełnianie pęknięć lub uzupełnianie ubytków. Zamawiający pomija informacje, które powinien znać z „urzędu" i które nie wymagają żadnych wyjaśnień ze strony wykonawców.

Ad. 2.

W SWZ Zamawiający nie zakazał uwzględniania jednych pozycji kosztowych w innych pozycjach. Wykonawcy nie mieli obowiązku określania cen jednostkowych, ani składania kosztorysu. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że *„Jeżeli koszt zakupu tego materiału został wliczony w inne koszty, to nie zostało to przez Wykonawcę wykazane, a jest to jeden z materiałów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.*

W sytuacji jeżeli Wykonawca koszty powyższych pozycji ujął (ukrył) w innych pozycjach powinien był o tym napisać w wyjaśnienia i wskazać kalkulację, która pozwoliłaby Zamawiającemu na przyjęcie tego sposobu kalkulacji ceny, czy też oceny czy inna z pozycji
w której ukryto w innych pozycjach nie zostały zaniżone."

Takie stwierdzenie jest bardzo zaskakujące. Odwołujący zauważył, że opisując tę pozycję w kosztorysie posłużył się oryginalnym brzmieniem pozycji w Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR). Stosowanie KNR nie jest obowiązkowe przy kosztorysowaniu, ale Zamawiający odwołuje się do ich treści, gdyż pozycje w przedmiarze określone zostały numerami pozycji z KNR, a ponadto Zamawiający bardzo skrupulatnie sprawdza ilości
i wymiary, które zostały umieszczone w kosztorysach wykonawców pod kątem ich zgodności z treścią KNR. Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko, że wraz z ofertą lub w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie był w ogóle zobowiązany do składania kosztorysu, ani nie było wymogu określania cen jednostkowych, tym niemniej, jeśli wypełnił pozycję zgodnie
z treścią tej pozycji w KNR, to nie powinien z tego tytułu ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji.

Wzmacnianie lub hydrofobizacja powierzchniowa kamienia została określona w KRN znakiem TZKNC N-K/VI 2/3 a. Taki znak pojawił się w przedmiarze załączonym do dokumentacji przetargowej. W związku z powyższym Odwołujący wypełnił tę pozycję zgodnie z brzmieniem zawartym w KNR. Pozycja ta nie zawiera kosztu materiału, jest w tej pozycji wyłącznie jednostka miary (dm^3) oraz robocizna (r-g). W załączeniu Odwołujący złożył oryginalną treść pozycji TZKNC N-K/VI 2/3-a, jaka funkcjonuje w programach do kosztorysowania wykonujących kosztorysy na podstawie KNR.

Zamawiający bardzo skrupulatnie egzekwuje wymiary lub ilości z kosztorysów wykonawców, biorąc za podstawę do porównania opis tych pozycji zawarty w KNR.
Skoro Odwołujący wypełnił tę pozycję zgodnie z oryginalną treścią KNR, to postąpił zgodnie
z oczekiwaniami Zamawiającego. Ponadto Odwołujący w ten sam sposób (bez materiału) opisał pozycję nr 8 w kosztorysie o symbolu TZKNC N-K/VI 2/5-a, tj. zastrzyki wgłębne, a mimo to Zamawiający nie zarzucił nieprawidłowego wypełnienia pozycji kosztorysowej i w ogóle nie zarzucił, że w tej pozycji nie ma wyceny materiału. A typ robót jest w zasadzie taki sam.

Takie podejście do oceny poszczególnych pozycji kosztorysowych prowadzi do wniosku, że Zamawiający ocenia wykonawców na podstawie swojego własnego kosztorysu inwestorskiego, w którym niektóre pozycje są zgodne z oryginalnym opisem z KNR (takie jak np. pozycja nr 8 z kosztorysu Odwołującego – i co do tej pozycji Zamawiający nie ma zastrzeżeń), a niektóre zostały zmodyfikowane względem pierwotnego KNR (takie jak np. pozycja nr 10 z kosztorysu Odwołującego).

Zamawiający oczekiwał od wykonawców, że będą określać pozycje w swoich kosztorysach zgodnie z treścią kosztorysu inwestorskiego, którego wykonawcy nie znali. Takie postępowanie Zamawiającego nie ma żadnego uzasadnienia, gdyż wykonawcy nawet nie mieli szansy na złożenie wyjaśnień zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że wszystkie pozycje kosztorysowe zostały wycenione prawidłowo (zawierają wszystkie koszty, także materiału). Zamawiający nie zarzucił, że robót polegających na hydrofobizacji nie można wykonać za cenę określoną w kosztorysie Odwołującego, nie wskazał, że cena za tą pozycję jest rażąco niska. Skupił się na formalnym zarzucie, zgodnie z którym z tej pozycji kosztorysowej nie wynika, że Odwołujący wycenił
w niej materiał.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie powinien wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2017 r. KIO 2461/17 Izba potwierdziła, iż zamawiający ma prawo kilkukrotnego kierowania wezwania
w sprawie wyjaśnień wysokości ceny. Każde kolejne wezwanie Zamawiającego powinno być żądaniem w zakresie doprecyzowania dotychczas złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, iż wbrew stwierdzeniu Zamawiającego nie jest przesądzone, że*„jest to jeden z materiałów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia”*. Zgodnie z treścią pozycji nr 19 i 20 projektu budowlanego (str. 39):

„19. Wykonanie spoinowania korony muru zaprawą hydrofobową lub z dodatkiem hydrofobowym.

20. Ewentualna hydrofobizacja powierzchniowa wątków pionowych murów preparatami na bazie siloksanow. Zabieg wykonany po komisyjnej ocenie stanu zasolenia

i zawilgocenia muru warunkujący wykonanie zabiegu.”

Z powyższego zapisu wynika, że wykonanie hydrofobizacji jest „ewentualne”

i „warunkowe”. Nie sposób zatem uznać tego elementu za istotną część składową ceny lub kosztu, skoro nie wiadomo, czy ta czynność będzie w ogóle wykonywana i czy jest możliwa do przeprowadzenia.

W odpowiedzi na pozostałe zarzuty sformułowane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujący wskazał:

1. Pracownicy. Zarzut Zamawiającego jest niezrozumiały. Odwołujący zobowiązany był przedstawić informacje opisane w art. 224 ust. 3 pkt. 4 i 6 Pzp, tj. w zakresie kosztów pracy oraz przestrzegania przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Treść wyjaśnień Odwołującego była jasna *„Na potwierdzenie Wykonawca składa listę zatrudnianych*

w przedsiębiorstwie pracowników oraz przykładowe umowy o pracę na potwierdzenie stosowania stawek wynagrodzenia zgodnego z rozporządzeniem dotyczącym płacy minimalnej”. Wysokość kosztu pracy wynika z kosztorysu oraz wynagrodzenia określonego

w kopiach przykładowych umów o pracę. W SWZ lub wzorze umowy nie określono wymogów w zakresie liczby pracowników zaangażowanych przy pracach. Jedyny wymóg został określony w pkt 4 SWZ i wzorze umowy. Polega on na tym, że *„Zamawiający wymaga od Wykonawcy lub Podwykonawcy zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności polegające na fizycznym wykonywaniu prac związanych*

z wykonywaniem robót budowlanych branży konstrukcyjnej w szczególności:

a)roboty rozbiórkowe i zabezpieczające,

b)roboty budowlane konstrukcyjne,

c)roboty konserwatorskie,”

Odwołujący potwierdził, że zatrudnia takie osoby na umowę o pracę. Wszystkie pozycje kosztorysu obejmujące robociznę zostały ustalone zgodnie z przepisami prawa pracy i płacy minimalnej. Zarzut Zamawiającego jest nieuzasadniony, nie znalazły się w nim jakiekolwiek zarzuty dotyczące kosztów pracy lub przestrzegania prawa pracy. Złożone kopie umów były tylko przykładowe. Nie jest zasadny zarzut, że „umowy o prace są w taki sposób zanonimizowane, że brak jest możliwości ustalenia, że zawarte aneksy do umów o pracę związane z minimalnym wynagrodzeniem za pracę dotyczą umów i pracowników, których umowy zostały załączone”, gdyż w aneksach określono, że chodzi o umowy zawarte

w określonych datach. W ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości, do których umów odnoszą się aneksy.

2.Rusztowania. Ten zarzut jest niezrozumiały. Odwołujący wskazał

w wyjaśnieniach, że sprzęt budowlany określony na liście pozostaje w posiadaniu Budkon i nie są konieczne dodatkowe umowy najmu lub ponoszenie innych kosztów związanych z tym sprzętem (oprócz kosztów eksploatacyjnych). Odwołujący wskazał koszt sprzętu w kosztorysie oraz złożył dowody, że jest w jego posiadaniu. Zamawiający nie sformułował żadnego merytorycznie istotnego zarzutu w tym zakresie, w szczególności nie wykazał, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie ofertowej tego kosztu lub uwzględnił w zaniżonej wysokości.

3.Ceny katalogowe grupy produktów „OPTOSAN”. Dowody załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają za zadanie uprawdopodobnić, że ceny podane w kalkulacji wykonawcy są rynkowe. Odwołujący przedstawił takie zestawienie. Ceny materiałów: tynków, zapraw, itp. (asortyment OPTOSAN) znajdują się w kalkulacji określonej w kosztorysie.

W kosztorysie znajdują się aktualne ceny. Zestawienie cen katalogowych miało za zadanie potwierdzenie, że takie ceny są rynkowe. Brak jest zapisów ustawowych lub w SWZ, które obligują wykonawców do składania oświadczeń, czy cena katalogowa uległa zmianie. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości powinien zażądać dodatkowych wyjaśnień. Zarzut nie odnosi się do przedmiotowo istotnych informacji. Zamawiający nie zarzucił, że podana cena była rażąco niska lub, że dowody nie potwierdzają ceny z kalkulacji podanej w kosztorysie.

4.Ceny produktów firmy Remmers. Dowody załączone do wyjaśnień mają potwierdzać rynkowość cen. W ocenie Odwołującego oferta Remmers potwierdza rynkowość cen zawartych w kosztorysie. Poszczególne pozycje kosztorysowe zawierają wprost odwołanie do produktów Remmers, a Zamawiający nie sformułował zarzutu, że ceny podane w kalkulacji kosztorysowej są nieprawidłowe lub nierynkowe albo sprzeczne z ofertą Remmers. Zamawiający nie wyjaśnił jakie materialnie istotne znaczenie ma fakt, że oferta producenta została przekazana Odwołującemu po

składaniu ofert. Aktualna informacja od firmy Remmers miała potwierdzić rzetelność kalkulacji zawartej w ofercie. W ocenie Odwołującego moment podania tej informacji nie ma znaczenia, jedyne znaczenie ma to, czy oferta potwierdza rynkowość kosztów wskazanych w kosztorysie Odwołującego. Zamawiający nie sformułował zarzutu w tym zakresie.

5.Doświadczenie zawodowe Odwołującego. Odwołujący szczegółowo określił jakie znaczenie może mieć wykazanie się doświadczeniem zawodowym dla optymalnego skalkulowania ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że *„Powoływanie się na wieloletnie doświadczenie zawodowe nie jest co do zasady decydujące dla wyjaśnienia elementów ceny ofertowej, ale również nie jest bez znaczenia dla oceny dokonanej kalkulacji. Zwróciła na to uwagę (KIO) w wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r. KIO 880/23 „(…) Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty (…)".* W ocenie Odwołującego przedstawienie referencji potwierdzających wykonanie zamówień podobnego typu świadczą o umiejętności odpowiedniego zoptymalizowania robót i ofert oraz pomyślne wykonanie zamówień publicznych. Oznacza to, że Odwołujący potrafi zaoferować konkurencyjną cenę, która pozwala złożyć najkorzystniejszą ofertę, a następnie za tą cenę sprawnie i pomyślnie wykonać zamówienie.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty była wadliwa. Odwołujący złożył wyczerpujące, poparte dowodami wyjaśnienia skalkulowania przez niego zaoferowanej ceny pokrywającej koszt wykonania przedmiotu zamówienia
w wyznaczonym terminie, natomiast Zamawiający nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W istocie zarzuty Zamawiającego skoncentrowały się na kwestionowaniu formy kosztorysu szczegółowego złożonego wraz
z wyjaśnieniami oraz zarzucaniu rzekomej niespójności wyjaśnień, ale nie odnosiły się do kwestii merytorycznych. Jedyne zarzuty odnoszące się do konkretnych kosztów, tj. kosztu kamienia (poz. 6 kosztorysu) oraz hydrofobizacji (poz. 10 kosztorysu) nie uwzględniały informacji, które powinny być Zamawiającemu znane z urzędu, tj. tego, że projekt budowlany dopuszczał, a wręcz preferował stosowanie kamienia odzyskiwanego z konserwowanych murów oraz tego, że hydrofobizacja została skalkulowana przez Odwołującego w oparciu
o oryginalną treść KNR dla tej pozycji, a ponadto nie ma pewności, czy te prace będą w ogóle wykonywane. Zamawiający pominął również bardzo istotną okoliczność, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, a SWZ nie obligował wykonawców do składania kosztorysów ofertowych lub określania cen jednostkowych. SWZ nie zabraniał wyceny poszczególnych kosztów w kwocie 0,00 zł lub uwzględniania w innych pozycjach kosztowych. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty formułuje szereg wątpliwości, których wykonawcy z obiektywnych względów nie mogli wyjaśnić na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny, a jednocześnie nie uznał za stosowne, aby skierować żądania złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wskutek braku ustawowej formy takiego wezwania oraz swobody Zamawiającego w ocenie złożonych wyjaśnień, wezwanie Zamawiającego powinno być maksymalnie precyzyjne, gdyż konsekwencje składnia niepełnych lub nieprawidłowych wyjaśnień są dla wykonawcy bardzo dotkliwe.

W związku z powyższym odwołanie w ocenie Odwołującego jest uzasadnione
i powinno zostać uwzględnione.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu
i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór oferty innego wykonawcy, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą 3JM M.B. z siedzibą w Kwidzynie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,
w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający zaznaczył, że cena oferty Odwołującego, jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 37,57 %, a także wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i

budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Cena oferty wynosi 1.070.100,00 zł brutto. Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postepowania wynosi 1.714.024,25 zł.

m Zamawiający prosił Wykonawcę o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji projektowej, tj. opisie przedmiotu zamówienia, w tym
w warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.
W związku z powyższym konieczne jest złożenie szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny oferty, w tym o wykaz składników cenotwórczych, tj.

1)wykaz materiałów i ich cen,

2)koszt pracy sprzętu,

3)roboczogodziny z podaniem wartości 1 roboczo-godziny,

4)koszty pośrednie nakładu normy na poszczególne pozycje przedmiarów,

5)przewidziany zysk.

Ponadto w udzielonych wyjaśnieniach należy wskazać, czy i jaki wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny mają w szczególności okoliczności wymienione
w art. 224 ust. 3 pkt 1 -7 ustawy PZP, tj.:
1)zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług,
2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług,
3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę,
4)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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw
z którymi związane jest realizowane zamówienie,
5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
6)zgodności z przepisami zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.
Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty.

Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska może wykazać się dodatkowo obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 PZP. (…) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył następujące wyjaśnienia:

Wykonawca zwrócił uwagę, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska, gdyż nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Z kolei od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów
i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania cena ofertowa Budkon jest niższa o 37,57% a zatem przekracza limit ustawowy o 7,57% (co jest wartością pomijalną). Pamiętać należy,
iż rażąco niska cena jest ceną nierynkową, której celem jest eliminowanie konkurencji poprzez niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji oferowanie cen dumpingowych. W postępowaniu średnia wartość ofert (cztery oferty) złożonych wynosi 1 313 602,08 zł, zatem cena Wykonawcy jest niższa niż średnia ofert o 18%. Oznacza to, że ceny poszczególnych wykonawców są na podobnym poziomie i różnice między nimi są standardowe. Pamiętać przy tym należy, iż dla oceny, czy dana cena ofertowa jest rynkowa decydujące jest jej porównanie z innymi złożonymi cenami ofertowymi, gdyż w istocie to ceny proponowane przez wykonawców wyznaczają poziom oczekiwania rynku. Z zasad logiki wynika, iż racjonalny wykonawca składa ofertę, która pozwala mu na pokrycie realnych kosztów i zapewnia określony zysk. Jeśli ceny ofertowe są porównywalne i różnice pomiędzy nimi są niewielkie to oznacza, że każda z cen ma uzasadnienie. Nie jest wykluczone, że wartość zamówienia została przeszacowana.

Krajowa Izba Odwoławcza zwracała już uwagę, iż w przypadku przeszacowania wartości zamówienia zamawiający jest zwolniony z wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny (wyrok z dnia 17

czerwca 2021 r. KIO 1612/21).

Odnosząc się do wymienionej w wezwaniu listy składników cenotwórczych, tj.:

1) wykaz materiałów i ich cen,

2) koszt pracy sprzętu,

3) roboczogodziny z podaniem wartości 1 roboczo-godziny,

4) koszty pośrednie nakładu normy na poszczególne pozycje przedmiarów,

5) przewidziany zysk

Odwołujący poinformował, iż wszystkie powyższe składniki cenotwórcze zostały opisane w kosztorysie ofertowym, który Wykonawca załączył do wyjaśnień. Wykonawca złożył także odpowiedź na zapytanie ofertowe złożone do firmy Remmers Polska. Załączono również zestawienie cen poszczególnych materiałów pokazujący zmiany cen w latach 2022-2023. Koszt pracy sprzętu został określony w kosztorysie ofertowym, rozwiniecie kalkulacji kosztu sprzętu w dalszej części wyjaśnień.

Wykonawca wskazał, iż cena ofertowa została skalkulowana zgodnie z przepisami prawa pracy, w szczególności z uwzględnieniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Na potwierdzenie Wykonawca złożył listę zatrudnianych w przedsiębiorstwie pracowników oraz przykładowe umowy o pracę na potwierdzenie stosowania stawek wynagrodzenia zgodnego z rozporządzeniem dotyczącym płacy minimalnej.

Odnosząc to do wysokości 1 roboczo – godziny (pkt. 3), to wartość roboczogodziny jest zgodna z przepisami prawa pracy, co wprost wynika z treści załączonych umów o pracę (40 godzin tygodniowo, 8 godzin dziennie, wynagrodzenie nie niższe niż minimalne wynagrodzenie określone w przepisach prawa pracy). Pracownicy Wykonawcy posiadają wieloletnie doświadczenie oraz posługują się specjalistycznym sprzętem przystosowanym do robót budowlanych na zabytkach (lista sprzętu załączona do wyjaśnień). Sprzęt budowlany określony na liście pozostaje w posiadaniu Budkon i nie są konieczne dodatkowe umowy najmu lub ponoszenie innych kosztów związanych z tym sprzętem (oprócz kosztów eksploatacyjnych). Załączono natomiast fakturę potwierdzającą nabycie rusztowań.

Koszty pośrednie nakładu normy na poszczególne pozycje przedmiarów (pkt. 4) oraz przewidziany zysk (pkt. 5) zostały określone w kosztorysie ofertowym.

Odnosząc się do okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 ustawy PZP Odwołujący zauważył, iż w zakresie zarządzania procesem produkcji, rozwiązań technicznych oraz oryginalności robót wykonywanych przez Wykonawcę (pkt. 1-3) Budkon posiada duże doświadczenie w zarządzaniu realizacją projektów inwestycyjnych, długoletnie doświadczenie oraz obecność na rynku w sektorze zamówień publicznych.

Budkon specjalizuje się w realizacjach robót na obiektach zabytkowych, roboty tego typu stanowią główną część działalności gospodarczej Wykonawcy. Jest to specjalizacja poparta wykonaniem szeregu zamówień publicznych tego rodzaju. Spośród kilkudziesięciu obiektów, jakie Wykonawca zrealizował w ostatnich 12 latach należy wymienić.: *„Renowacja zabytkowego mostu na rzece Boruji oraz iluminacja średniowiecznego zamku wraz zagospodarowaniem historycznego otoczenia w miejscowości Bytów”* -realizacja otrzymała nagrodę Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego „Zabytek Zadbany' w roku 2021. W roku 2015 zakończono inwestycje dla Muzeum Gdańska polegając a *„Ratunkowym remoncie bastionu Ostroróg”* w Twierdzy Wisłoujście.

Powoływanie się na wieloletnie doświadczenie zawodowe nie jest co do zasady decydujące dla wyjaśnienia elementów ceny ofertowej, ale również nie jest bez znaczenia dla oceny dokonanej kalkulacji (tak KIO w wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r. KIO 880/23).

Przedstawione wyjaśnienia są według Wykonawcy kompletne i wyczerpujące dla celów uzasadnienia wszystkich składników cenowych.

Co do spełnienia wymogów art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, to pracownicy są zatrudnieni na umowy o pracę oraz osiągają wynagrodzenie nie niższe niż wynikające z przepisów prawa pracy dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej (art. 224 ust. 3 pkt. 5 Pzp) oraz prowadzona przez niego działalność jest zgodna z przepisami z zakresu ochrony środowiska (art. 224 ust. 3 pkt. 7 Pzp).

Zdaniem Wykonawcy przedstawione informacje są wystarczające do weryfikacji ceny ofertowej, przy czym Wykonawca zauważył, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień miało charakter ogólny i nie odnosiło się do konkretnych elementów ceny ofertowej. Jeśli po tych wyjaśnieniach Zamawiający będzie miał w dalszym ciągu wątpliwości Wykonawca może złożyć dodatkowe wyjaśnienia.

Ocena rażąco niskiej ceny musi uwzględniać ryczałtowy charakter oferty. W przypadku wyboru takiego modelu rozliczenia, co do zasady Wykonawca nie musi szczegółowo wyjaśniać sposobu kalkulacji ceny jednostkowej (tak wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r. KIO 835/23). Odwołujący załączył do wyjaśnień kosztorys w rozbiciu na poszczególne pozycje, stworzony na bazie przedmiaru robót.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Firma Budowlano-Konserwatorska „BUDKON" R.S. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 224 ust. 6 ustaw Pzp - odrzuceniu, jako oferta rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający uzasadnił, że zaoferowana przez Wykonawcę cena wynosi 1.070.100,00 zł brutto i jest niższa od szacunkowej wartość zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 37,57%. Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia zgodnie z art. 28 - 29 oraz art. 34 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi 1.714.024,25 zł. Ponadto zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tak nisko zaoferowaną kwotę.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli ziści się co najmniej jedna z przesłanek wskazanych w tym przepisie prawnym.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 22.03.2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Wezwanie zawierało wyliczenia oraz jasne wskazanie katalogu elementów ceny, które należało wyjaśnić wraz z załączeniem dowodów na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską cyt. fragment *„(...) prosi się o złożenie szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny oferty w tym o wykaz składników cenotwórczych tj.*

1)wykaz materiałów i ich cen,

2)koszt pracy sprzętu,

3)roboczogodziny z podaniem wartości 1 roboczo-godziny,

4)koszty pośrednie nakładu normy na poszczególne pozycje przedmiarów,

5)przewidziany zysk".

Ponadto Wykonawca zobowiązany był zgodnie z wezwaniem do wykazania, że zaoferowana cena oferty uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji projektowej tj. opisie przedmiotu zamówienia w tym w warunkach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień musi wskazać, czy i jaki wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny mają w szczególności okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 1 -7 ustawy PZP:

1)zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług

2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług,

3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę,

4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów prac , których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzeni za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw z którymi związane jest realizowane zamówienie,

5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

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

7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia muszą być wyczerpujące i szczegółowe w zakresie zawartych w wezwaniu pytań. Wyjaśnienia miały być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Wykonawca w wyjaśnieniach enigmatycznie odnosi się do czynników z art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje na brak konieczności szczegółowego składania wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej z uwagi na ryczałtowy charakter oferty. *„W orzecznictwie zwraca się również uwagę, że procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez Zamawiającego formy wynagrodzenia za roboty budowlane. Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 224 ustawy PZP, dlatego nawet w przypadku formy ryczałtowego wynagrodzenia badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.*

W wyroku z dnia KIO 373/17 z dnia 14.03.2017 r. zwrócono uwagę, że kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów PZP, ale również w praktyce. Ryczałt, pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od

ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów — nie jest dla Zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce przykładowo, w przypadkach,
w których Wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostaje ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Rzeczą oczywistą jest, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, można oczekiwać, że Wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 224 ustawy PZP i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie oferty, jako oferty z rażąco niską ceną".

Ponadto wyjaśnienia Wykonawcy są ogólnikowe, niewyczerpujące i oparte na zapewnieniach, głównie opierają się na wykazaniu Zamawiającemu braku podstaw do wezwania skierowanego do Wykonawcy w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Dodatkowo wskazać należy, że wyjaśnienia Wykonawcy nie uwzględniają wymogu wyjaśnień i dowodów w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 6-7 ustawy PZP (tj. m.in. w zakresie zabezpieczeń społecznych, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności
z przepisami z zakresu ochrony środowiska, które opierają się tylko na ogólnym oświadczeniu, że prowadzona działalność wykonawcy jest zgodna z przepisami z zakresu ochrony środowiska), a wymóg wyjaśnienia tych elementów był wskazany w wezwaniu jako element obowiązkowy.

Z załączonego do wyjaśnień kosztorysu ofertowego opracowanego metodą szczegółową wynika, że:

1) w pozycji 6 (naprawa powierzchni murów z kamienia) materiał został wyceniony na 0,00 zł, z informacją kamień z odzysku.

Wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wskazał, że dysponuje materiałem
z odzysku, a niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Również nie zostały przedstawione dowody potwierdzające o dysponowaniu przez Wykonawcę kamieniem
z odzysku. Brak informacji o tym; gdzie Wykonawca przechowuje dany materiał i brak wyliczenia kosztu jego transportu na miejsce budowy. Nie zmienia to też faktu, że jeżeli nawet faktycznie zostałby użyty przez Wykonawcę do realizacji zamówienia materiał z odzyskuj czy materiał jako pozostałość po innej inwestycji, to zgodnie z wyrokiem KIO 1520/17 z dnia 04.08.2017 roku niedopuszczalnym jest, aby Wykonawcy pominęli lub nie wliczyli kosztu nabycia materiału. Przyjęcie przez Zamawiającego wycenionej oferty jest niedopuszczalne
z uwagi na uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców, którzy dany materiał muszą zakupić. Dopuszczenie w postępowaniu tak skalkulowanej oferty w sposób nieuczciwy wyeliminowałoby innych Wykonawców, a tym samym zostałyby naruszone przepisy ustawy PZP.

2) w pozycji 10 (hydrofobizacja powierzchniowa pulpitowych) nie został wyliczony materiał (brak pozycji materiałowej).

Pominięcie zakupu materiału - całkowity brak wyceny materiału. Zgodnie z wyrokiem KIO 1520/17 z dnia 04.08.2017 roku niedopuszczalnym jest aby Wykonawcy pominęli lub nie wliczyli kosztu nabycia materiału. Jeżeli koszt zakupu tego materiału został wliczony w inne koszty, to nie zostało to przez Wykonawcę wykazane, a jest to jeden z materiałów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

W sytuacji jeżeli Wykonawca koszty powyższych pozycji ujął (ukrył) w innych pozycjach powinien był o tym napisać w wyjaśnieniach i wskazać kalkulację, która pozwoliłaby Zamawiającemu na przyjęcie tego sposobu kalkulacji ceny, czy też oceny czy inna z pozycji
w której ukryto w innych pozycjach nie zostały zaniżone. Dodatkowo *„jeśli Wykonawca jest świadom, że oferuje jakiś element zamówienia po niskiej cenie, warto od razu wyjaśnić, dlaczego ona jest taka niska i przedłożyć dowody na to, że kosztuje tylko tyle (fakturę, umowę, czy zamówienie)".*

Wyjaśnienia częściowo nie pokrywają się z dowodami. Wykonawca wskazuje, że jego pracownicy posiadają wieloletnie doświadczenie, przy czym załączone do wyjaśnień zanonimizowane umowy wskazują na krótki okres zatrudnienia u Wykonawcy - dotyczy pracowników ogólnobudowlanych. Brak jest zanonimizowanych umów potwierdzających zatrudnienie 3 pracowników na stanowisku renowator zabytków i za co najmniej minimalne nagrodzenie. Wskazać należy, że Wykonawca w swoim oświadczeniu pisze, że ma zatrudnionych 3 pracowników na stanowisku renowator zabytków, 1 pracownik ogólnobudowlany, bez wskazania, czy ta ilość osób zostanie skierowana do realizacji zamówienia, i czy jest to wystarczająca liczba osób do należytego wykonania zamówienia oraz w terminie, gdyż do wyjaśnień załączył tylko jedną — zanonimizowaną — umowę zawartą z renowatorem zabytków. Ponadto umowy o prace są w taki sposób zanonimizowane, że brak jest możliwości ustalenia, że zawarte aneksy do umów o pracę związane z minimalnym wynagrodzeniem za pracę dotyczą umów i pracowników, których umowy zostały załączone.

W wyjaśnieniach, oświadczeniu o dysponowaniu sprzętem oraz fakturze potwierdzającej zakup rusztowania wykazuje się jego dysponowanie, co mogłoby spowodować zmniejszenie kosztów, a w kosztorysie ofertowym w pozycji 13 i 14 zostaje wycenione rusztowanie tj. roboczogodzina, materiał i sprzęt (eksploatacja), co potwierdza też rozbieżności złożonych wyjaśnień i dowodów w tym w kosztorysie.

Wskazać również należy, że Wykonawca dokonał wyliczenia cen jednostkowych materiałów na podstawie cen katalogowych obowiązujących od 01.02.2023 r., bez informacji, czy na dzień składania ofert cena katalogowa nie uległa zmianie, gdyż przedłożone przez Wykonawcę do wyjaśnień ceny katalogowe grupy produktów „OPTOSAN" wskazują na zmiany cen w stosunku do roku — ceny katalogowe od 14.03.2022 r. do 01.02.2023 r. uległy mianie.

Dodatkowo Wykonawca do wyjaśnień załączył screen e-mail od firmy Remmers z dnia 21.03.2024 r. godz. 12:27 za „ceny produktów za 1 l (litr) na wykonanie prac w Sztumie",
co wskazuje na fakt, że cena została ustalona po terminie składania ofert.

Wykonawca w swoich wyjaśnienia powołuje się na wieloletnie doświadczenie zawodowe i przedkłada również kopie referencji na potwierdzenie doświadczenia zawodowego z tym, że nie zostało wykazane, jakie ma to przełożenie i wpływ na zaoferowaną przez Wykonawcę cenę oferty w niniejszym postępowaniu, a zgodnie z wyrokiem KIO 1446/20 z dnia 30.07.2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że*„to bowiem Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpływa na jej obniżenie. Wykonawca powinien przedłożyć konkretne, weryfikowalne dane pozwalające na ocenę zasadności przyjętych wartość ".*

Zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania Wykonawcy do składania dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tak jak to zostało skazane
w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 26.03.2024 r. Byłoby to dopuszczalne, ale jedynie wtedy, kiedy Wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania, czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia Wykonawcy, który wprawdzie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność lub wzajemną sprzeczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Powyższe zostało również potwierdzone w wyroku KIO 2813/15 z dnia 15.01.2015 r.

Ponadto Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie potwierdził, że w cenie oferty ujął wszystkie wymagane opisem przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy koszty, niezbędne do wykonania zamówienia, co było wymagane wezwaniem. Umowa zawiera w sobie elementy, które wpływają na wysokość zaoferowanej ceny, które raczej są ujęte w łasztach pośrednich, ale Zamawiający nie posiada tej wiedzy, gdyż Wykonawca pominął ten element; swoich wyjaśnieniach.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia (….) mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów

odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta
z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę
z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, 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 kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące
i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,
że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,
o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu
i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Jak wynika z wezwania do złożenia wyjaśnień, Zamawiający określił, że zaoferowana cena oferty Odwołującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia
i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ. Zamawiający jasno podał w wezwaniu, że cena w ofercie jest niższa o 37,57 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Oznacza to,
że Zamawiający był zobligowany do wezwania Wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień.

Zamawiający w wezwaniu prosił, by Wykonawca udzieli odpowiedzi, czy cena ofertowa uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji projektowej, wymagania wzoru umowy, obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu umowy, koszty towarzyszące. Następnie Zamawiający precyzyjnie określił, iż w wyjaśnieniach ująć należy wykaz materiałów i ich cen, koszty pracy sprzętu, koszty roboczogodziny z podaniem jej wartości, koszty pośrednie nakładu pracy za poszczególne pozycje przedmiarów, przewidywany zysk.

Następnie w wezwaniu Zamawiający posiłkował się treścią art. 224 ust. 3 pkt 1 – 7 i prosił o odniesienie się do poruszanych tam kwestii, przy czym Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia mają być szczegółowe i wyczerpujące, poparte dowodami.

Poddając analizie pierwszą część złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, to wynika z nich, że Wykonawca polemizuje w ogóle z faktem ich otrzymania. W wyjaśnieniach zaznaczono, że cena oferty nie jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a przekroczony limit ustawowy 30% można uznać za wartość pomijalną.

W tej części rozważań Izby podkreślenia wymaga, iż nie jest istotne o jaką wartość przesłanki ustawowej 30% został przekroczony procent zobowiązujący Zamawiającego do wystosowania wezwania. Nie jest także istotne w zakresie jak wielu pozycji Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień. Skoro Odwołujący z treścią wezwania nie polemizował z momentem jego otrzymania, to oznacza, że przyjął argumentację Zamawiającego dotyczącą wątpliwości w zakresie ceny ofertowej. Z momentem otrzymania wezwania powstało domniemanie, że cena oferty, w zakresie w jakim otrzymano wezwanie, nosi cechy rażąco niskiej i to na Odwołującym spoczywał obowiązek skutecznego zaprzeczenia stanowisku Zamawiającego. Przy czym dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie narzucał Wykonawcy sposobu ani formy złożenia wyjaśnień. Wykonawca miał pełną dowolność jak podejdzie do wykazania, że cena jego oferty jest rynkowa i uwzględnia wszystkie wymogi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć również należy, że na wcześniejszych etapach postępowania Odwołujący nie negował, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została źle obliczona, że jest ona za wysoka. Takie dywagacje pojawiły się dopiero na etapie składania wyjaśnień i należy je uznać za spóźnione. Dodatkowo także samo porównanie cen złożonych ofert w postępowaniu nie dowodzi tez Odwołującego, że cena jego oferty znacząco nie odbiega od cen innych ofert i dlatego może być uznana za rynkową. W postępowaniu złożono 4 oferty i tylko oferta Odwołującego oscylowała w okolicach kwoty 1 000 000 zł. Wartości pozostałych ofert znacząco od tej kwoty obiegały, cena drugiej w rankingu ofert wynosiła 1 100 000,00 zł, pozostałe kwoty przekroczyły 1 500 000 zł. Różnic tych nie można w ocenie Izby uznać za standardowe, nieznaczące czy pomijalne.

Następnie Odwołujący co do wykazu materiałów i ich cen, kosztów pracy sprzętu, kosztów roboczogodziny z podaniem jej wartości, kosztów pośrednich nakładu pracy za poszczególne pozycje przedmiarów, przewidywanego zysk stwierdził, że wszystkie te elementy zostały ujęte w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do wyjaśnień. Dodatkowo do kosztorysu załączono ofertę handlową formy Remmers oraz zestawienie cen materiałów sporządzone przez Odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było ogólne. Wezwanie było na tle precyzyjne, że specyfikowało kilka grup, co do których miał odnieść się Odwołujący oraz odnosiło się do wybranych elementów, które zdaniem Zamawiającego wymagały złożenia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający wprost wskazał elementy, które budzą jego wątpliwości w zakresie ceny i obowiązkiem Odwołującego było złożenie takich wyjaśnień, z których wynikałby w jaki sposób mógł obniżyć cenę do zadeklarowanego poziomu bez uszczerbku dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wybór metodyki w sporządzeniu i przedstawieniu wyjaśnień pozostawiono Wykonawcy.

Owszem, w postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe i Zamawiający nie wymagał podania w ofertach poszczególnych cen jednostkowych, czy sporządzenia kosztorysu. Jednakże sposób ustalenia wynagrodzenia nie zwalniał Odwołującego z obowiązku złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień. Tymczasem Odwołujący złożył kosztorys ofertowy bazujący na pozycjach przedmiaru robót, ale nie zamieścił do tego dokumentu i przyjętych w nim założeń jakiegokolwiek komentarza merytorycznego. Zamawiający nie musiał wskazywać w wezwaniu do wyjaśnień, które elementy składowe ceny budzą jego wątpliwości. Obowiązkiem Wykonawcy było wskazanie tych elementów, w których uzyskał on tak szczególne oszczędności, co pozwoliło mu obniżyć cenę do poziomu ofertowego. Zamawiający natomiast podał w wezwaniu, że oczekuje odpowiedzi na pytania jakie założenia projektowe dla cen materiałów, robocizny, sprzętu i zysku przyjął Wykonawca. Jak już Izba podkreśliła, elementy te Odwołujący przedstawił w kosztorysie, bez dodatkowych wyjaśnień i swoich szczególnych, eksperckich założeń. Przykładowo, Odwołujący dopiero na rozprawie przed Izba wyjaśnił, że dokonał przed złożeniem oferty dwukrotnej wizji lokalnej, na podstawie której przyjął w jakiej części może ponownie wykorzystać materiał kamienia znajdujący się na obiekcie Zamawiającego. Tymczasem w kosztorysie ofertowym enigmatycznie wpisano „materiał z odzysku", bez przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień tej kwestii. To wykonawca, biorąc pod uwagę, ustalony charakter wynagrodzenia, przewidziany sposób ustalenia ceny (brak zakazu agregowania pozycji, możliwość przenoszenia kwot między pozycjami) powinien był tak złożyć wyjaśnienia, by wynikało z nich, że cena obejmuje wszystkie niezbędne elementy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający rzeczowo wyjaśnił w Informacji o odrzuceniu oferty kwestie

związane z pozycjami kosztorysu, które budziły jego największe wątpliwości. Jak już Izba zauważyła, ze złożonych wyjaśnień nie wynika, dlaczego Odwołujący wycenił w kosztorysie materiał kamienia z odzysku na 0, 00 zł. Odwołujący nie rozbudował tej kwestii w wyjaśnieniach, uczynił to dopiero na rozprawie. Przy czym Izba nie podziela stanowiska odwołania, że Zamawiający pominął przy ocenie wyjaśnień możliwość wynikającą z dokumentacji projektowej użycia materiałów z odzysku. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wiedział, że dopuścił takie rozwiązanie. Jednak z dokumentacji projektowej wynika także, że wziąć pod uwagę należało stopień zniszczenia materiałów, znaczące ubytki. Gdyby Odwołujący w wyjaśnieniach pokazał, dlaczego przyjął możliwość wykorzystania materiału z odzysku w całości, to Zamawiający mógłby ocenić realność tego założenia. Jednakże Odwołujący w żaden sposób nie doprecyzował tego elementu kosztorysu. W przypadku drugiej spornej pozycji – hydrofobizacja – to Zamawiający tylko na podstawie treści kosztorysu mógł powziąć informacje, nie wymagany materiał nie został wyceniony. Odwołujący także w tym przypadku nie przedstawił jakichkolwiek założeń dodatkowych, nie wskazał, że opis KNR nie obejmuje materiału ale został on ujęty w pozycji, czy też że ujęto go w robociźnie lub innej pozycji.

Również dołączony do wyjaśnień materiał dowodowy uznać można za niedoskonały. Zestawienie cen jest wykazem sporządzonym przez samego Wykonawcę. Co najwyżej może ono obrazować, że pewne ceny uległy w danym okresie zmianie, ale nie jest ono dowodem na rzeczywisty poziom tych cen. Taki dowód mogłyby stanowić cenniki danego partnera handlowego Odwołującego, a takich dokumentów nie przedstawiono. Natomiast złożona wraz z wyjaśnieniami oferta handlowa datowana jest po terminie składania ofert. Izba nie przeczy, że może ona pochodzić od podmiotu, z którym Odwołujący stale współpracuje, jednakże jej treść nie dowodzi, że Odwołujący mógł przyjąć pewne założenia cenowe w momencie wyceny oferty.

Analiza złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie kwestii określonych
w art. 224 ust. 1 pkt 3- 7 ustawy Pzp pokazuje, iż Wykonawca oświadczył, że oferta została skalkulowana z uwzględnieniem przepisów prawa pracy, pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę, otrzymują wynagrodzenie na poziomie co najmniej wynagrodzenia minimalnego lub wyższe. Jako dowody złożono listę zatrudnionych pracowników oraz przykładowe zanonimizowane umowy.

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący uczynił zadość wezwaniu jedynie w niewielkim stopniu. Wykonawca wykazał, że zatrudnia pracowników na umowę o pracę i otrzymują oni wynagrodzenie nie niższe niż minimalne. Celnie jednak zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że zabrakło elementu związanego z przełożeniem tych twierdzeń na kalkulację ceny ofertowej. Na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający nie był w stanie ustalić, ile osób zostanie przez Wykonawcę skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia
i czy ilość pracowników jest wystarczająca do zrealizowania przedmiotu zamówienia.
Przede wszystkim jednak Odwołujący nie podał jaki koszt w cenie ofertowej stanowią koszty pracownicze. Owszem, nie było obowiązkiem Odwołującego na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawianie imiennych dokumentów związanych
z zatrudnieniem pracowników, ale wskazanie pracowników oddelegowanych do wykonania niniejszego zamówienia mogło mieć charakter przykładowy. Odwołującemu umyka natomiast, że to Wykonawca odpowiada za kształt wyjaśnień. Nie było konieczne wskazywanie na zatrudnienie konkretnych osób, ale celowym wydaje się podanie, jaką liczbą pracowników Wykonawca zamierza dysponować w toku wykonywania zamówienia, obliczenie niezbędnej ilości roboczogodzin do wykonania przedmiotu zamówienia i zestawienie tych danych w ujęciu wynagrodzenia, które otrzymuje pracownik z kosztami pracodawcy. Dodatkowo, co słusznie zauważył Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty oraz odpowiedzi na odwołanie problematyczne było powiązanie złożonego wykazu pracowników ze zanonimizowanymi umowami, ponieważ Odwołujący w wyjaśnieniach nie rozbudował merytorycznie tych kwestii.

Pozostałe twierdzenia Odwołującego w odniesieniu do kosztów pracowniczych
i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz przepisami ochrony środowiska, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, to ogólnikowe sformułowania.

Dla elementu wyjaśnień dysponowania odpowiedni sprzętem Wykonawca przedstawił wykaz sprzętu, którym dysponuje i fakturę za nabycie rusztowań. O ile sama faktura dowodzi, że taki sprzęt nabyto, to wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób przekłada się ta okoliczność na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Natomiast z samego zestawienia sprzętu nie wynika, że Odwołujący w tym zakresie nie musi ponosić dodatkowych kosztów, w tym kosztów amortyzacji, ubezpieczenia, kosztów eksploatacji). Same deklaracje nie są wystarczające do uzasadnienia poziomu ceny oferty.

Niezaprzeczalnie Odwołujący posiada bogate doświadczenie zawodowe, realizował wiele projektów inwestycyjnych, w tym także specjalizuje się w realizacji robót na obiektach zabytkowych, stanowią one główną część działalności gospodarczej Wykonawcy. Jednakże Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił w jaki sposób te okoliczności przenoszą się na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Za dowody potwierdzające wysokość ponoszonych kosztów i prawidłowość kalkulacji nie mogą być również w ocenie Izby uznane złożone do wyjaśnień referencje odnoszące się do innych inwestycji zrealizowanych przez Odwołującego. Dokumenty te potwierdzają

prawidłowość realizacji zamówień, ale nie potwierdzają, że złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczowość kosztów.

Na koniec, w zakresie poruszonej przez Odwołującego argumentacji wskazującej na możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień, Izba pragnie podkreślić, iż sam Wykonawca zauważył, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Rozwiązanie to nie może zatem sprowadzać się do stworzenia wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień w zakresie spełniającym oczekiwania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia nierzetelne, niekompletne lub niepotwierdzające prawidłowości ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 686/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 23/22).

Czyli otrzymanie kolejnej szansy na przedstawienie stanowiska Zamawiającemu poprzedzić muszą co najmniej nowe wątpliwości Zamawiającego i nowe kwestie do wyjaśnienia. Przy czym te okoliczności powinny wynikać z otrzymanych już wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie rodzi żadnych nowych okoliczności, które wymagałby przedstawienia dodatkowego stanowiska. Izba uważa także, że nie istnieją dalsze kwestie, które wymagałby złożenia ponownie wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia mają na tyle niedoskonały charakter i nie są poparte wystarczającym materiałem dowodowym, że otrzymanie ponownego wezwania do wyjaśnień oznaczałoby umożliwienie Wykonawcy przedstawienia stanowiska od nowa, a nie jego uzupełnienie w kwestiach niejasnych dla Zamawiającego.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym skierowanie do Odwołującego ponownego wezwania do wyjaśnień sprowadzało się do żądania od wykonawcy przestawienia nowych dowodów i informacji, podczas gdy, takie ponowne wezwanie, powinno służyć jedynie doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, spójne, logiczne
i poparte stosownymi dowodami.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty dla pozycji objętych wezwaniem do wyjaśnień. W ocenie Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

……