

## WYROK

Warszawa, dnia 5 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F., Niepoczłowice 3A; 84-223 Linia, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Cewice, ul. W. Witosa 16; 84-312 Cewice, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne-Budowlane K.W., Popowo 5A; 84-311 Popowo,

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F., Niepoczłowice 3A; 84-223 Linia i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F., Niepoczłowice 3A; 84-223 Linia, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F., Niepoczłowice 3A; 84-223 Linia, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Cewice, ul. W. Witosa 16; 84-312 Cewice, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F., Niepoczłowice 3A; 84-223 Linia rzecz zamawiającego Gmina Cewice, ul. W. Witosa 16; 84-312 Cewice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Cewice, ul. W. Witosa 16; 84-312 Cewice stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Cewice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Budowa dróg gminnych: ul. Myśliwska, Spokojna i Topolowa w Cewicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z 13 lutego 2024 roku, pod nr 2024/BZP 00104001/01.

20 marca 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M.F., T.F. - wspólnicy spółki cywilnej Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „Formella” S.C. M.F., T.F. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne-Budowlane K.W. z siedzibą w Popowie zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż złożone przez wskazanego wykonawcę wyjaśnienia (1) nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, (2) były ogólnikowe i lakoniczne, w sposób uniemożliwiający weryfikację prawidłowości wyliczeń wskazanej w ofercie kwoty, (3) a wskazany podmiot nie złożył wystarczających dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny;
- 2.art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne-Budowlane K.W. z siedzibą w Popowie, pomimo iż oferta wskazanego podmiotu została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3.art. 16 pkt 1, 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 Pzp poprzez niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad przejrzystości, udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie

z przepisami ustawy, udzielenie zamówienia z pominięciem wymogów stawianych przepisami Pzp, a które to naruszenia doprowadziły do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne-Budowlane K.W.

z siedzibą w Popowie jako oferty z rażąco niską ceną, złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 3) nakazanie Zamawiającemu dalszego badania i oceny pozostałych złożonych ofert oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwłaszcza kwotę uiszczanego wpisu, a także kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów poniesionej opłaty skarbowej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Oferta złożona przez odwołującego otrzymała 89,30 pkt (49,30 pkt za cenę oferty oraz 40,00 pkt za okres udzielonej rękojmi i gwarancji), zajmując drugie miejsce pod względem liczby uzyskanych punktów. W przypadku uznania za zasadne wskazanych powyżej zarzutów i uwzględnienia żądań odwołującego, oferta złożona przez odwołującego będzie ofertą z najwyższą liczbą punktów, a tym samym zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą, co wiązać się będzie dla odwołującego z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W przypadku oddalenia odwołania odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości,

że odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zdaniem odwołującego, nie jest wystarczające rozwianie przez wykonawcę pewnych wątpliwości. Konieczne jest uzasadnienie w oparciu o złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, że za zaoferowaną cenę lub koszt możliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie 224 ust. 6 PZP, musiałyby dojść do ustalenia, że albo wykonawca nie udzielił wyjaśnień (w tym udzielone wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie można uznać ich za udzielone), albo że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają zaoferowanej ceny (względnie kosztu).

W niniejszym postępowaniu wycena realizacji przedmiotu zamówienia przez K.W. znacząco odbiegała od wliczeń innych wykonawców oraz zamawiającego w zakresie kosztów, jakie winny być poniesione dla prawidłowej realizacji zamówienia. W związku

z powyższym zamawiający wezwał wskazanego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień (dowód: informacja o kwocie przeznaczanej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zestawienie ofert, wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny złożonej oferty).

Wyjaśnienia złożone przez K.W. w żadnej mierze nie spełniają wymagań stawianych przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jakim winny odpowiadać

w zakresie uzasadnienia rażąco niskiej ceny. Złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe, brak jest możliwości weryfikacji poszczególnych kwot podanych przez wykonawcę w zakresie prawidłowości i rzetelności ich wyliczeń. W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest również uwzględnienia niezbędnych elementów prac takich jak np. wyceny robót rozbiórkowych (istniejącej podbudowy, nawierzchni, krawężników, chodników, zjazdów) kosztów transportu (paliwa), czy utylizacji materiałów. Wykonawca nie przewidział także kosztów na wykonania drogi rowerowej z nawierzchni asfaltowej, przepustu DN300mm, zabruku, zjazdów na posesje i wielu innych kosztów przewidzianych do wykonania, a określonych w specyfikacji warunków zamówienia (w szczególności w Rozdziale III pkt 5 lit, g-k) oraz Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dowód: SWZ, PFU, zestawienie ilości robót, wezwanie zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ceny oferty, wyjaśnienia wykonawcy).

Co więcej, nie sposób zweryfikować prawidłowości przewidzianych przez wskazanego wykonawcę kosztów pracowniczych - okoliczność bowiem, iż obecnie wykonawca płaci pracownikom kwotę minimalnego wynagrodzenia,

wynika z przepisów prawa i obowiązków przewidzianych w tym zakresie. W przedstawionych wyjaśnieniach brak jednak kalkulacji, która umożliwiłaby weryfikację wyliczonych kosztów pracowniczych przy uwzględnieniu ilości roboczogodzin przewidzianych na realizację przedmiotu zamówienia, kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z wypłatą wynagrodzeń, a także tego, czy wskazany wykonawca uwzględnił podwyżkę płacy minimalnej, jaka ma obowiązywać od 1 lipca 2024 roku. Obecnie koszt pracy jednego pracownika wynosi minimalnie 5.110,76 złotych miesięcznie, zaś od 1 lipca 2024 roku 5.180,64 złotych. Tytułem przykładu, gdyby wskazani w załączniku do wyjaśnień pracownicy, zatrudnieni na podstawie umowy o pracę za minimalnym wynagrodzeniem, wykonywali prace na rzecz zamawiającego przez okres roku, począwszy od czerwca 2024 roku, to koszt wynagrodzenia jednego pracownika wynosić będzie przez wskazany okres 62.097,80 złotych, co w przeliczeniu na 7 pracowników daje łączny koszt ponoszony przez pracodawcę w wysokości 434.684,60 złotych.

Tymczasem wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż całościowe koszty osobowe, koszty robocizny, zysk oraz „inne” koszty wyniosą łącznie 517.459,00 złotych (dowód: wyjaśnienia K.W., wydruk z kalkulatora wynagrodzeń, rozporządzenie w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.).

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, aby w kwocie 517.459,00 złotych wskazanej przez wykonawcę znalazły się właściwie wyliczone koszty wynagrodzeń na rzecz pracowników, zysk dla wykonawcy, koszty rozbiórki, koszty utylizacji, koszty transportu oraz zakładane ryzyko związane z wynagrodzeniem ryczałtowym. Abstrahując od okoliczności,

iz nie sposób zweryfikować tak podanego wyliczenia, zawierającego pozycję „inne”, bez konkretnych podziałów na koszty osobowe, robocizny i zakładanego przez wykonawcę ryzyka, to już przez tylko przyrównanie podanych powyżej wyliczeń w kontekście wynagrodzeń pracowników, podana przez wykonawcę kwota jest nierealna i nierzetelnie wyliczona. Jednocześnie wykonawca nie wskazał, aby były jakiegokolwiek czynniki wpływające na obniżenie kosztów ponoszonych przez pracodawcę w przeliczeniu na pracownika zatrudnionego na 1 etat. Dalej, wykonawca nie wskazał, na jakich stanowiskach zatrudnieni są wskazani w wyjaśnieniach pracownicy, w szczególności, czy są to pracownicy uprawnieni do kierowania koparką, ładowarką, czy też może w tym zakresie konieczne będzie zatrudnienie dodatkowych osób, co z kolei wiązać się będzie z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów.

Twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach ceny złożonej oferty są ogólnikowe i lakoniczne, niemożliwe do zweryfikowania prawidłowości ich wyliczeń. Zamawiający wezwał wykonawcę do wskazania elementów oferty, które mają wpływ na wysokość jej ceny, w szczególności

w zakresie zarządzania procesem świadczonych usług, oryginalności usług ofertowanych przez wykonawcę oraz wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem na powyższe uzyskano odpowiedź, iż specjalizacja finny oraz jej organizacja pozwalają zoptymalizować procesy i uczynić je bardziej efektywnymi. Powyższe oświadczenie w żaden sposób nie spełnia wymagań przewidzianych przez przepisy art. 226 Pzp, wykonawca nie tłumaczy na czym miałyby polegać rzekoma optymalizacja, zwiększenie efektywności i jak powyższe miałyby wpływać na obniżenie kosztów związanych

z wykonaniem przedmiotu umowy. Dalej, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał,

iz wpływ na obniżenie kosztów ma wpływać okoliczność posiadania żwirowni oraz dysponowania własnym transportem - tymczasem wykonawca nie wskazał jak powyższe miałyby wpływać na obniżenie kosztów, w tym zwłaszcza jakie są koszty wydobycia kruszywa, a jakie zakupu, jakie są koszty wypożyczenia sprzętu, a jakie związane z posiadaniem takowego. Tym samym nie jest możliwe zweryfikowanie prawdziwości twierdzeniem wykonawcy o rzekomym obniżeniu kosztów.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztów wykonawstwa, wykonawca

w przedłożonych wyjaśnieniach przewidział zakup betonu za cenę 60.000 zł netto, co stanowi rażąco niską cenę i niemożliwą do wykonania, gdyż do prawidłowego wykonania podbudowy dla nawierzchni utwardzonej przewidzianej przez zamawiającego oraz ustawienia krawężników, oporników, obrzeży należy zakupić i wbudować:

- ok. 173 tony mieszanki betonowej licząc po cenie 293,19 zł netto (cennik SEKOCENBUD IV kw. 2024 r.), co daje 50.721,87 złotych,

- ok. 63,9 tony cementu licząc po cenie 505,02 zł netto (cennik SEKOCENBUD IV kw. 2023 r.), co daje 32.270,78 złotych.

Podobnie należy ocenić wykonanie kanału technologicznego za kwotę 62.700 zł netto, co stanowi rażąco niską cenę i niemożliwą do wykonania, gdyż:

- zakres robót wymaga wykonanie 16 szt. studni kablowych licząc po cenie 3.425,62 zł (cennik robót SEKOCENBUD IV kw. 2023 r.) co daje 54.809,92 zł netto,

- zakres robót wymaga wykonanie kanału technologicznego o długości 485 m licząc po cenie 120 zł/m co daje cenę

58.200 zł netto.

Nadto wykonawca przewidział wykonanie oświetlenia za kwotę 80.000 zł netto, co stanowi rażąco niską cenę i niemożliwą do wykonania, gdyż:

- zakres robót wymaga wykonanie 19 szt. lamp oświetleniowych, licząc po cenie 4.049,09 zł (cennik robót SEKOCENBUD IV kw. 2023 r.), co daje 76.932,71 zł,
- wykonanie 430 m kabla, bednarki licząc po cenie 79,40 zł (cennik robót SEKOCENBUD IV kw. 2023 r.), co daje 34.142 zł.

W niniejszym postępowaniu zarzut w zakresie wyjaśnień wykonawcy co do ceny złożonej oferty dotyczy nie tylko dużej ogólności tychże, lecz także niespełnienia przez wykonawcę wymogu przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

Wybrany przez zamawiającego wykonawca w złożonym wyjaśnieniu wskazał, jakoby na obniżenie kosztów wykonania przedmiotu umowy wpływać miała okoliczność posiadania własnej żwirowni - jednak w zakresie powyższego wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, nadto brak jest wykazania, czy posiada stosowne zezwolenia wymagane prawem na wydobywanie kruszywa oraz transport powyższego. Również w kontekście rzekomego obniżenia kosztów ze względu na posiadanie własnego sprzętu, w tym samochodów ciężarowych oraz dostawczych, koparek, ładowarek i zagęszczarek - poza twierdzeniami wykonawcy w tym zakresie, brak jest udokumentowania powyższego. Podobnie w zakresie kosztu związanego z wykonaniem projektu budowlanego, wykonania oświetlenia, zieleni, kosztów geodety oraz kierownika budowy - wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek ofert, wycen bądź umów, które udowodniałyby przedstawione koszty wykonawstwa, a kwoty podane przez wykonawcę stanowią wyłącznie wyraz „głosłownych” twierdzeń.

Mając powyższe na uwadze nie ulega wątpliwości, iż wyjaśnienia w zakresie ceny oferty złożone przez K.W. nie spełniają wymogów stawianych przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na swą ogólnikowość i brak poparcia dowodami.

W związku z powyższym oferta złożona przez wskazanego wykonawcę winna podlegać odrzuceniu (wyr. KIO z 14.05.2019 r., KIO 747/19, Legalis). Zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia wskazanej oferty, doprowadziło do wyboru oferty z naruszeniem przepisów PZP, tj. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 6 Pzp.

W zakresie prowadzonego przez zamawiającego postępowania zauważyć należy, iż ceny złożonych ofert znacząco przewyższały kwotę, jaką zaoferował K.W. oraz jaką przewidział zamawiający na realizację przedmiotu umowy. Nie ulega wątpliwości, że złożenie oferty zawierającej cenę rażąco niską jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w myśl których czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, w tym utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Tymczasem cena rażąco niską jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia (wyrok KIO sygn. KIO 1123/13), odbiegająca od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać (wyrok KIO sygn. KIO 1097/14).

Mając na uwadze powyższe, a także przedstawione powyżej wyliczenia w zakresie kosztów pracy jednego pracownika oraz pozostałej kwoty, która miałaby rzekomo pokryć także zysk wykonawcy, koszty rozbiórki, koszty utylizacji, koszty transportu, koszty „inne” oraz zakładane ryzyko związane z wynagrodzeniem ryczałtowym, nie ulega wątpliwości, iż zaoferowana przez K.W. kwota wynagrodzenia jest kwotą nierealną, ukształtowaną poniżej rzeczywistych do poniesienia kosztów świadczenia usługi, która to doprowadziła do utrudnienia innym przedsiębiorcom uzyskanie zamówienia w postępowaniu. Tym samym zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia wskazanej oferty, doprowadziło do wyboru oferty z naruszeniem przepisów PZP, tj. art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 6 Pzp.

W myśl art. 16 pkt 1, 2 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty. Z kolei zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zamówienia

udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Tymczasem nie ulega wątpliwości, iż w ramach prowadzonego postępowania zamawiający dopuścił się naruszenia wszystkich przywołanych powyżej przepisów.

Jak wskazuje się w literaturze i doktrynie zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis). Dalej wymagana przepisami zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w postępowaniu. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania wykonawców. Oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. post. TSUE z 13.7.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, wyr. TSUE: z 2.6.2016 r. w sprawie C27/15, Pippo Pizzo v. CRGT Sri, z 7.4.2016 r. w sprawie C324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 10.5.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284). Istotne jest przy tym prawidłowe wykonywanie przez zamawiającego obowiązków o charakterze informacyjnym, w sposób spełniający wymagania określone w PZP, a tym samym zapewniający wykonawcom możliwość zweryfikowania dokonanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu (por. m.in. wyr. KIO z 20.3.2019 r., KIO 410/19, Legalis, oraz z 11.7.2017 r., KIO 1290/17, Legalis) - (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Janicka, Agnieszka Matusiak, 2021).

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż swoim zachowaniem zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Zamawiający dokonał wyboru oferty, która swą ceną nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Zamawiający pomimo zaferowania przez K.W. ceny zdecydowanie odbiegającej od zaferowanych przez innych wykonawców, a także od wyliczeń zamawiającego, w swym wyborze oparł się na ogólnikowych i niepopartych żadnymi dowodami twierdzeniach wskazanego wykonawcy co do rzekomej prawidłowej kalkulacji wykonania przedmiotu umowy.

Podsumowując, nie ulega wątpliwości, iż zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 16 pkt 1, 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp, gdyż wybrana oferta zdaniem odwołującego nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nadto zawiera cenę rażąco odbiegającą od szacunków Zamawiającego i wartości cen pozostałych, nieodrzuconych ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, co następuje.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący przedstawiając wyliczenia w stosunku do betonu celowo posiłkuje się nieprawidłową jednostką miary. Powoduje to podwojenie kwoty za mieszankę betonową. Powołuje się odwołujący na Secocenbud z IV kwartału 2024 roku(?), bez określenia odpowiedniej pozycji KNR i podając ilość mieszanki betonowej w tonach, a nie w m<sup>3</sup> lub m<sup>2</sup>. Zamawiający załącza jako dowód przykładowy wydruk z Secocenbudu z określeniem jednostek miary i cen w odniesieniu do kilku rodzajów mieszanki betonowej w zależności od przyjętej pozycji KNR za I kwartał 2024 roku oraz kserokopię posiadanej kalkulacji uproszczonej do PFU, gdzie wszystkie dane odnoszące się do zastosowanego betonu podane są w m<sup>3</sup>. Jak widać cennik powyższy nie stosuje w stosunku do mieszanki betonowej miary w tonach, lecz w m<sup>3</sup> lub ewentualnie w m<sup>2</sup>. Dodatkowo zamawiający pragnie zauważyć, iż powszechnie na rynku stosuje się jednostkę m<sup>3</sup> w odniesieniu do mieszanki betonowej. Żaden ze znanych zamawiającemu dostawców nie operuje jednostką tony przy sprzedaży mieszanki betonowej.

1 m<sup>3</sup> mieszanki betonowej (1 kubik) B15 waży 2,6 t. Wartość ta wahać się może w granicach od 2,0 t do 2,6 t w zależności od rodzaju mieszanki. Przyjmując najniższą wartość – 2,00 t należy 173 tony podzielić przez 2 t. W ten sposób otrzymujemy właściwą wartość m<sup>3</sup> mieszanki betonowej do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia wynoszącą 86,50 m<sup>3</sup>. Stosując do tego cenę za m<sup>3</sup> betonu określoną przez odwołującego, czyli mnożąc 86,50 m<sup>3</sup> x 293,19 zł otrzymujemy kwotę 25 360,94 zł, nie zaś kwotę 50 721,87 zł podaną przez odwołującego.

Zamawiający pragnie nadmienić, iż na etapie oceny wyjaśnień wykonawcy co do rażąco niskiej ceny sprawdził cenę

rynkową za m3 mieszanki betonowej B15 u dostawców

i w Internecie uzyskując kwotę za m3 w wysokości od 229,00 zł do 258,00 zł za m3 netto, co przy wyliczeniach dało kwotę jeszcze niższą niż wskazana przez odwołującego. Zamawiający zaakceptował ilość niezbędnej mieszanki betonowej do 90 m3 x 258,00 zł netto otrzymał kwotę

23 220,00 zł netto. Jako dowód zamawiający dołącza wydruk ze strony internetowej.

Wyliczając kwotę niezbędną do prawidłowego wykonania podbudowy dla nawierzchni oraz ustawienia oporników, krawężników i obrzeży do wyliczonej powyżej ceny mieszanki betonowej należy dodatkowo wliczyć kwotę cementu w ilościach i kwotach wyliczonych przez odwołującego prawidłowo:  $63,9 \text{ t} \times 505,02 \text{ zł netto} = 32 270,78 \text{ zł}$ .

Otrzymujemy zatem sumę za podbudowy w wysokości  $23 220,00 \text{ zł netto} + 32 270,78 \text{ zł netto} = 55,490,79 \text{ zł netto}$ .

Z całą odpowiedzialnością stwierdzić można, iż cena określona przez wykonawcę

w złożonych wyjaśnieniach w wysokości 60 000,00 zł netto za beton i cement niezbędny do wykonania podbudowy, jest prawidłowa i wyższa niż wynikająca z przytoczonych powyżej wyliczeń. Uznana została zatem przez zamawiającego za odpowiadającą realnym cenom rynkowym oraz zbliżoną do wyliczeń zamawiającego dokonanych podczas oceny wyjaśnień.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący przyjmując nieodpowiednią jednostkę miary

w stosunku do ilości niezbędnej mieszanki betonowej, dokonał podwojenia ilości niezbędnego betonu, zważywszy na fakt, iż przyjęta cena za tonę mieszanki betonowej jest tak naprawdę ceną za m3 mieszanki betonowej.

Jeśli chodzi o ceny kanału technologicznego – w ocenie zamawiającego, przyjęte do wyliczeń dane przez odwołującego są po raz kolejny podwojone. Wykonanie kanału technologicznego wymaga zamontowania 16 studzienek SK1 połączonych rurami. Budowa kanału technologicznego polega na montowaniu na przebiegu rur co jakiś czas studzienki SK1 – rura – studzienka – rura – studzienka itd. Na prawidłowe wykonanie kanału składają się zatem 4 główne składowe cenotwórcze – koszt rur, koszt studzienek SK1 oraz robocizna

i praca sprzętu. Odwołujący wskazał konieczność zakupu 16 studzienek po 3 452,62 zł (bez określenia netto czy brutto) na podstawie cennika Secocenbud z IV kw. 2023 roku bez wskazania konkretnej pozycji KNR. Trudno zatem określić jakiego rodzaju studzienkę przyjął odwołujący do wyliczeń – głębinową, betonową czy prawidłową SK1. Zgodnie z treścią PFU do prawidłowej realizacji kanału technologicznego niezbędny jest montaż studzienek SK1, których cena rynkowa waha się w granicach od 232,50 zł netto do 986,00 zł netto (dowód – załączony wydruk ze stron internetowych). Zamawiający na etapie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny posiłkował się realnymi cenami rynkowymi za studzienkę SK1. Przyjmując do wyliczeń zawyżoną kwotę (suma cen internetowych 2 846,21 zł netto / 5 ofert = 569,24 zł netto) 600,00 zł netto za 1 studzienkę bez montażu wyliczył kwotę 9 600,00 zł netto.

Odwołujący podniósł dodatkowo koszt wykonania kanału technologicznego za kwotę jednostkową 120,00 zł/mb - nie wiadomo czy jest to cena netto czy brutto i nie wiadomo na jakiej podstawie zostały oszacowane te koszty – z oficjalnych cenników, czy cen rynkowych, ponieważ odwołujący tego nie określa. Nie zostały też określone elementy cenotwórcze składające się na tę kwotę. Nie wiadomo, czy odwołujący policzył tylko koszt zakupu rur i pracy sprzętu, czy dodatkowo doliczył do tego koszt robocizny oraz koszt zakupu studzienek SK1 wskazane we wcześniejszym punkcie odwołania. Sformułowanie użyte do określenia rodzaju kosztu w formie „wykonanie” sugeruje, że odwołujący w koszt wliczył zakup materiału (rury

i studzienki), koszt pracy sprzętu i robociznę. Tym samym podniósł wartość tej pozycji dodatkowo o robociznę, którą wykazał w innym punkcie odwołania oraz dodatkowo o wartość studzienek SK1 wyliczonych w pozycji wcześniejszej.

Zdaniem zamawiającego, w celu rzetelnego wyliczenia kosztu całkowitego wykonania kanału technologicznego, konieczne w tym miejscu byłoby pokazanie kosztu zakupu materiału niezbędnego do prawidłowego wykonania kanału teletechnicznego, zgodnie z opisem PFU

o łącznej długości 485 mb oraz koszt pracy sprzętu, jako że robocizna została wykazana

w innym punkcie w postaci zatrudnienia osób wykonujących zadanie na umowę o pracę. Na etapie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do budowy kanału teletechnicznego, zamawiający przyjął następujący sposób oceny tej pozycji:

- studzienki SK1 16 szt. - średni koszt na podstawie ofert internetowych 569,24 zł netto za 1 szt., co daje kwotę 9 107,84 zł netto za 16 sztuk studni SK1,

- rura HDPE 40 mm - średni koszt na podstawie cen z Internetu 4,56 zł netto za 1 mb, co daje kwotę 2 211,60 zł za 485mb kanału,

- rura HDPE 110 mm - średni koszt na podstawie ofert internetowych 21,13 zł netto/mb, co daje kwotę 10 248,05 zł netto za 485 mb kanału,

- wiązki mikrorurek MTB 8 mm - średni koszt na podstawie ofert internetowych 16,57 zł netto za mb, co daje kwotę 8 036,45 zł netto za 485 mb kanału.

Łączny koszt materiałów wyliczonych przez zamawiającego wynosi 29 603,94 zł netto.

- koszt badania szczelności odcinków kanalizacji wtórnej na podstawie posiadanego zestawienia - kwota 14 294,79 zł netto za 9 punktów badań,

- koszt montażu elementów mechanicznej ochrony przed ingerencją osób nieuprawnionych na podstawie posiadanego zestawienia kosztów do PFU - kwota 1 378,14 zł za 2 elementy.

Suma wynosi 45 276,87 zł netto. Dodatkowo:

- praca sprzętu przy wykopach została obliczona przez zamawiającego przy założeniu, że budowa całego kanału zajmie 12 dni roboczych, podczas których wykazana przez wykonawcę jako własność koparka Libherr pracować będzie 8 godzin dziennie (co jest wartością i tak zawyżoną), oraz uwzględniając średnie spalanie tego typu koparki na podstawie informacji zdobytych przez zamawiającego na etapie oceny wyjaśnień - średnio 11,5 l/h (dowód: wydruk z Internetu). Zatem: 12 dni x 8 godzin = 96 godzin pracy sprzętu

x 11,5 l/h = 1 104,00 litrów spalonego paliwa x cena paliwa 7 zł (kwota zawyżona dla wygody obliczeń i przewidująca wzrost cen paliwa) = 7 728,00 zł za paliwo przy pracy koparki podczas kładzenia kanału teletechnicznego,

- niezbędna do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia jest też zagęszczarka. Zamawiający przyjął 12 dni roboczych pracy zagęszczarki przy budowie kanału x 8 godzin dziennie (wartość zawyżona) x średnie spalanie 3 l/h = 288 l spalonego paliwa x 7 zł/l paliwa = 2 016,00 zł za paliwo przy pracy zagęszczarki podczas kładzenia kanału teletechnicznego. Nadmienić należy, iż z powodu braku informacji o rodzaju zagęszczarki będącej w posiadaniu wykonawcy wybranego, przyjęto spalanie dla zagęszczarki dwukierunkowej, które wynosi 3l/h; w przypadku zagęszczarek jednokierunkowych wynosi ono 1l/h.

Suma pracy koparki i zagęszczarki podczas pracy przy budowie kanału teletechnicznego wynosi 7 728,00 zł + 2 016,00 zł = 9 744,00 zł

Dodatkowo zamawiający rozegrał koszt pracy przy budowie kanału teletechnicznego w przypadku wynajmu koparki Libherr przez wykonawcę. Zgodnie z pozyskanymi informacjami z Internetu, koszt za dobę wynosi 850,00 zł netto za dobę x 12 dni = 10 200,00 zł netto. Do ceny tej należy dodatkowo doliczyć koszt paliwa i dostarczenie na miejsce wykonywania prac. Podobnie w przypadku zagęszczarki, dobowy koszt wynajmu zagęszczarki to średnio 195 zł/ dobę co daje kwotę 12 dni x 195 zł = 2 340,00 zł. Suma samego wynajmu koparki i zagęszczarki wyniosłaby 10 200,00 zł + 2 340,00 zł = 12 540,00 zł bez kosztów paliwa i dostarczenia na miejsce robót.

Zamawiający podczas oceny wyjaśnień wykonawcy co do rażąco niskiej ceny nie uwzględnił pracy ludzi wykonujących kanał teletechniczny, ponieważ koszt ten został wykazany przez wykonawcę w pozycji 9 przedstawionego przez niego zestawienia kosztów – pkt 7 wyjaśnień.

Reasumując, możliwy najniższy koszt budowy kanału teletechnicznego przez wykonawcę na podstawie realnych cen rynkowych materiałów i kosztów pracy sprzętu, zdaniem zamawiającego może wynosić 55 020,87 zł netto przy zachowaniu wymogów określonych

w PFU. Daje to łączny koszt 113,45 zł za 1 mb kanału, z uwzględnieniem zakupu materiału, pracy niezbędnego sprzętu bez wliczania kosztów robocizny, ujętej w innym punkcie zestawienia wykonawcy wybranego. Zamawiający pragnie wskazać, iż wybrany wykonawca określił koszt budowy kanału na kwotę 62 700,00 zł netto w złożonych wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny. Jest to kwota o 7 679,12 zł netto wyższa od obliczonej przez zamawiającego, wobec czego zamawiający uznał wyjaśnienia za realne do zrealizowania i wystarczające.

W związku z powyższym zamawiający nie zgadza się z wyceną przedstawioną przez odwołującego przewidującą kwotę 113 009,92 zł. Zdaniem zamawiającego jest to cena rażąco zawyżona, co zamawiający wykazał powyżej posiłkując się materiałami używanymi podczas oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wybranego wykonawcę, które w tym zakresie nie wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości realizacji budowy kanału za określoną przez wybranego wykonawcę kwotę.

Zamawiający nie zgadza się także z twierdzeniem odwołującego co do rażąco niskiej wyceny wykonania oświetlenia przez wybranego wykonawcę. Zgodnie z PFU do prawidłowego wykonania 19 lamp oświetlenia ulicznego konieczny jest montaż następujących materiałów:

- 19 słupów – średnia cena z ofert internetowych za 1 szt. wynosi 1 140,08 zł netto x 19 szt. = 21 661,52 zł netto,
- 19 wisiędników o wytrzymałości 15 kg – średnia cena z ofert internetowych za 1 szt. wynosi 251,55 zł netto za szt. x 19 szt. = 4 779,45 zł netto,
- 19 opraw ulicznych LED – średnia cena z ofert internetowych za 1 szt. wynosi 516,45 zł netto za 1 szt. x 19 szt. = 9 812,55 zł netto,
- kabel elektryczny o dł. 430,00 mb – średnia cena z ofert internetowych wynosi 8,13 zł netto za 1 mb x 430 mb = 3 495,90 zł netto,
- bednarka 415,00 kg – średnia cena z ofert internetowych wynosi 6,88 zł netto za 1kg bednarki x 415 kg = 2 855,20 zł

netto.

Koszt materiałów niezbędnych do wykonania oświetlenia wynosi zatem 42 604,62 zł netto. Różnica pomiędzy ceną wskazaną przez wybranego wykonawcę wynosi 80 000 zł netto – 42 604,62 zł netto = 37 395,38 zł netto, które wykonawca zdaniem zamawiającego przewidział na pracę sprzętu oraz inne niezbędne prace do wykonania. Kwota ta nie obejmuje wynagrodzenia pracowników, które wybrany wykonawca przedstawił w innym punkcie swych wyjaśnień. Na etapie oceny wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny kwota wskazana przez wykonawcę nie wzbudzała wątpliwości zamawiającego co do realności wycień wykonawcy, gwarantujących możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie oświetlenia podniesionych przez odwołującego Zamawiający pragnie zaznaczyć, iż po raz kolejny powołuje się on na cennik Secocenbud bez wskazania konkretnej pozycji KNR, stąd trudno zamawiającemu odnieść się do ceny określonej za wykonanie lamp oświetleniowych. Wątpliwości zamawiającego wzbudza zakres rozumiany pod pojęciem „wykonanie” – czy podane ceny obejmują tylko sam słup, czy też słup z wysięgnikiem i oprawą uliczną LED, czy też wykonanie kabla i bednarki jako materiału.

Dodatkowo zamawiający pragnie nadmienić, iż odnoszenie się do konkretnych pozycji KNR w cenniku jest w przypadku tego postępowania utrudnione, ponieważ pamiętajmy, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany w trybie zaprojektuj i wybuduj. Dokumentacja techniczna,

w tym szczegółowy kosztorys powstanie dopiero na późniejszym etapie postępowania. Dlatego też sprawdzając prawidłowość wycień wybranego wykonawcy zamawiający odnosił się do realnych cen rynkowych dostępnych wykonawcom. Jednakże chcąc odnieść się do zarzutów podniesionych przez odwołującego i sprawdzić niejako prawidłowość tych wycień, zamawiający założył, iż podana przez odwołującego kwota za „wykonanie 19 szt. lamp oświetleniowych” za cenę jednostkową 4 049,09 zł (nie wiadomo netto czy brutto) obejmuje cenę za wszystkie elementy składające się na kompletną lampę – słup + wysięgnik + oprawę uliczną LED. Suma cen tych elementów zgodnie z przedstawioną wyżej wyceną zamawiającego wynosi 1 140,08 zł + 251,55 zł + 516,45 zł netto = 1 908,08 zł netto za 1 szt. lampy oświetleniowej. Jest to możliwa najniższa kwota rynkowa jaką wykonawcy mogą przyjąć do kalkulacji ceny oferty. Zamawiający pragnie nadmienić, iż kwota ta jest o 2 141,06 zł netto niższa od kwoty wskazanej przez odwołującego za 1 szt. lampy oświetleniowej. Suma za wykonanie lampy ulicznej oświetleniowej (według nazewnictwa odwołującego) wynosi zgodnie z wycieniami zamawiającego: 1 908,08 zł netto x 19 szt. = 36 253,52 zł netto. Dla porównania odwołujący określa tę kwotę na 76 932,71 zł. Różnica pomiędzy wycieniami zamawiającego i odwołującego w tym zakresie wynosi 40 679,19 zł (przyjmijmy netto, gdyż odwołujący po raz kolejny nie podał, czy określa kwoty netto czy brutto).

Rozważając kolejne zarzuty podniesione przez odwołującego i kwotę za, po raz kolejny mało precyzyjne, „wykonanie 430 mb kabla, bednarki” zamawiający założył, iż kwota obejmuje położenie kabla i bednarki, na co składa się praca sprzętu, robocizna (wykazana w innym punkcie), koszt kabla i koszt bednarki i przyjął wycięnia przedstawione przez odwołującego w kwocie 34 142 zł netto (mimo nieokreślenia przez odwołującego, czy chodzi o netto czy brutto). Sumując najniższą realną kwotę rynkową za lampy oświetleniowe wycienione przez zamawiającego oraz kwotę za położenie kabla i bednarki określoną przez odwołującego otrzymujemy: 36 253,52 zł netto + 34 142,00 zł netto = 70 395,52 zł netto, a nie 111 074,71 zł podaną przez odwołującego (nie określono netto czy brutto). Różnica wynosi 40 679,19 zł.

Kwota obliczona powyżej przez zamawiającego (70 395,52 zł netto) jest ponadto o 9 604,48 netto niższa od określonej przez wybranego wykonawcę. Tym samym po raz kolejny nie wzbudza wątpliwości zamawiającego co do realnej możliwości wykonania oświetlenia podczas realizacji zamówienia za określoną przez wybranego wykonawcę kwotę 80 000,00 zł netto.

Odwołujący podnosząc zarzuty w kwestii kosztów zatrudnienia pracowników skierowanych przez wybranego wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia, po raz kolejny dokonuje nieprawidłowych wycień, które wynikają z przyjmijmy nieumyślnego błędnego określenia czasu wykonywania robót budowlanych. Zamawiający pragnie zauważyć,

iż przedmiotowe zamówienie realizowane jest w trybie zaprojektuj i wybuduj przez okres

14 miesięcy. Zgodnie z założeniami zamawiającego okres niezbędny do przygotowania dokumentacji projektowej wynosić będzie nie dłużej niż 10 miesięcy, natomiast realizacja robót budowlanych 4 miesiące. Podczas projektowania zatrudnieni na umowę pracownicy wykonujący roboty budowlane będą opłacani w ramach innych zamówień wykonywanych przez wybranego wykonawcę. Przy realizacji budowy dróg na ul. Topolowej, Myśliwskiej

i Spokojnej w Cewicach będą natomiast opłacani przez okres maksymalnie 4 miesiące. Wykonawca tłumacząc rażąco niską cenę przedstawił jako dowód listę płac, z której wynika, iż pracownicy otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4 242,00 zł, co spełnia przesłanki ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zgodnie z kalkulatorem wynagrodzeń łączny koszt pracodawcy wynosi 5 110,76 zł za 1

pracownika za 1 miesiąc. Przyjmując, iż wybrany wykonawca będzie wykorzystywał wskazanych 7 pracowników przez okres trwania robót budowlanych – 4 miesiące, otrzymujemy: 7 osób x 5 110,76 zł/os./m-c x 4 m-ce = 143 101,28 zł, a nie 434 684,60 zł podanych przez odwołującego. Różnica jest drastyczna i wynosi 291 583,32 zł.

Zakładając nawet podniesiony przez odwołującego wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 lipca 2024 roku kwota ta wyniesie: 7 osób x 5 180,64 zł/os/m-c x 4 m-ce = 145 057,92 zł i jest wyższa o 1 956,64 zł, co zdaniem zamawiającego nie jest znaczącą kwotą i nie ma większego wpływu na cenę oferty i może zostać pokryte z wykazanego przez wybranego wykonawcę zysku.

Odnosząc się do wyjaśnień wybranego wykonawcy w tym zakresie, zamawiający nie miał wątpliwości co do realności kosztów ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę podczas realizacji niniejszego zamówienia i uznał, iż nie wymagają one dalszych wyjaśnień. Wykonawca pokazał je w pozycji „koszty osobowe, robocizna, zysk

i inne”, które określił na kwotę 517 459 zł netto. Po odjęciu kosztów zatrudnienia pozostaje kwota 374 357,72 zł zysku wykonawcy i ewentualnych innych kosztów, które przy cenie ryczałtowej nie mogą zostać określone na dzień składania ofert. Zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą w tym zakresie, zamawiający nie może określać minimalnego poziomu zysku jaki powinien osiągnąć wykonawca przy realizacji zamówienia publicznego (por. KIO 2446/23, 2816/22). Mając na uwadze powyższe zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego w tej kwestii, uważając wyliczenia przedstawione przez odwołującego za celowo zawyżone i niewłaściwe, nie odnoszące się od tego konkretnego zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutów odwołującego dotyczących niewskazania przez wykonawcę tłumaczącego rażąco niską cenę elementów przedmiotu zamówienia zawartych w PFU i SWZ (Rozdział III pkt 5 lit g-k) zamawiający ponownie poddaje w wątpliwość rzetelność wskazań odwołującego:

- Rozbiórka elementów kolidujących z planowaną inwestycją – zgodnie z prowadzonym trybem zaprojektuj i wybuduj oraz brakiem dokumentacji nie wiadomo, czy elementy takie będą istniały, natomiast określone szacunkowo w zestawieniu ilości robót elementy nie stanowią

w ocenie zamawiającego elementów istotnie wpływających na cenę oferty. Dodatkowo, dopiero po opracowaniu szczegółowej dokumentacji projektowej będzie wiadomo konkretnie, czy elementy takie będą konieczne do rozbiórki i w jakim zakresie, co dotyczyć może zaledwie kilku zjazdów na drogę powiatową (1 z ul. Myśliwskiej, 2 z ul. Topolowej), które może się okazać, że będą wymagały jedynie przebudowy, a niekoniecznie rozbiórki całości. Zamawiający pragnie nadmienić, iż przedstawione w PFU rozwiązania na etapie projektowania mogą ulec zmianie. Zdaniem zamawiającego koszt tych prac nie ma istotnego wpływu na wysokość ceny ofertowej i w kalkulowane są w ryzyko ceny ryczałtowej.

- Geodezyjne wytyczenie obiektów w terenie – wykonawca tłumaczący cenę w pkt 7 ppkt 8 wyjaśnień wskazał koszt zatrudnienia geodety i kierownika budowy – kwota 18 000,00 netto łącznie. Cena za usługę geodezyjną, zgodnie z informacjami pozyskanymi od biur geodezyjnych, kształtuje się w następujący sposób:

- Wytyczenie drogi – za pierwsze 100 mb drogi koszt wynosi 700 zł netto, za każde kolejne 100 mb drogi 400 zł netto. Łączna długość dróg wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia wynosi 482,00 mb. Wyliczenia zatem przyjmują następującą postać: 700,00 zł netto + (4x400,00zł netto) = 2 300,00 zł netto,

- Inwentaryzacja – za pierwsze 100mb drogi koszt wynosi 1000,00 zł netto, za każde kolejne 100 mb drogi 500,00 zł netto. Łączna długość dróg wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia wynosi 482,00 mb. Wyliczenia są następujące: 1000,00 zł netto + (4\*500,00 zł netto) = 3 000,00 zł netto.

Łączna wysokość wynagrodzenia geodety wynosi 2 300,00 zł netto + 3 000,00 zł netto = 5 300,00 zł netto.

- Za świadczenie usługi kierowania budową - około 1% wartości robót budowlanych, których wartość, zgodnie z przedstawionym przez wykonawcę wyjaśnieniem, wynosi (po odjęciu kosztów geodety i kierownika budowy oraz projektu technicznego) 1 181 000,00 zł netto x 1% = 11 810,00 zł netto. Jak widać są to kwoty realne i możliwe do zrealizowania. Zamawiający w tym względzie nie powziął żadnych wątpliwości i nie prosił o uszczegółowienie, bazując na informacjach, w posiadaniu których jest. Łączna wartość wynagrodzenia kierownika budowy i geodety wynosi: 11 00,00 zł netto + 5 300,00 zł netto = 17 100,00 zł netto. Jest to cena o 900 zł netto niższa niż przedstawiona przez wybranego wykonawcę w swych wyjaśnieniach i tym samym nie wzbudza wątpliwości zamawiającego.

- Zabruk – zgodnie z zapisami SWZ i PFU (str. 4 pkt 1.2.4. myślík 3.) należy go wykonać z kostki brukowej o grubości 8 cm. Wykonawca w przedstawionych zamawiającemu wyjaśnieniach dostarczył ofertę dostawcy BAT PSB na krawężniki, kostkę, wykazał w osobnej pozycji swych wyjaśnień w punkcie 7 ppkt 3) kwotę niezbędną do posadowienia wszystkich elementów drogowych, powierzchni utwardzonych, zaś robociznę wskazał w wyliczeniach kosztów osobowych. Zamawiający ponownie pragnie zaznaczyć, iż inwestycja realizowana jest w trybie zaprojektuj i wybuduj, bez szczegółowych kosztorysów i dokumentacji technicznej, z ceną ryczałtową. Wykonawca nie ma obowiązku odnosić się

do konkretnych pozycji opisu w PFU, lecz wskazać newralgiczne elementy realizacji przedmiotu zamówienia, co też zdaniem zamawiającego uczynił.

- Jezdnie, wyniesienia, zjazdy na posesje i chodniki - wykonawca przedstawił ofertę BAT PSB na kostkę brukową, krawężniki i obrzeża, a robociznę ujął w kosztach pracowniczych

- Nawierzchnia drogi asfaltowej – w odniesieniu ponownie do trybu w jakim prowadzone jest postępowanie, zamawiający pragnie zauważyć, iż zgodnie z zapisami PFU i SWZ w tym zakresie: „dopuszcza się pozostawienie istniejącej nawierzchni drogi rowerowej

i skrzyżowania z drogą powiatową, o ile możliwe będzie dostosowanie geometrii projektowanych rozwiązań” (PFU str. 4 pkt 1.2.4. myślnik 6). Dopóki nie zostanie wykonany projekt techniczny tak naprawę nie wiadomo, czy koszt ten będzie miał istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze zapisy PFU zamawiający nie żądał szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie, uznając, iż ostateczne stanowisko w tej sprawie zostanie zawarte w wykonanej w toku realizacji zadania dokumentacji i mając na względzie cenę ryczałtową za zamówienie.

- Zieleń, kształtowanie rowów, narzuty kamienne – wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach koszt za wykonanie tego zakresu prac w kwocie 20 000,00 zł netto, co zdaniem zamawiającego uwzględniając ceny rynkowe jest możliwe do zrealizowania.

Zamawiający stanowczo nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż koszty określone przez wybranego wykonawcę odnośnie wykonania projektu budowlanego mają jedynie charakter „gołosłownych twierdzeń”. Wybrany wykonawca w swej ofercie wskazał korzystanie z potencjału podmiotu udostępniającego swe zasoby w zakresie projektowania – 3 oświadczenia. Ponadto załączył do oferty zobowiązanie tychże podmiotów udostępniających oraz wskazał części przedmiotu zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy. Dla zamawiającego jest to jednoznaczne wskazanie, iż pozyskując zasoby podmiotów udostępniających zasoby projektowania wykonawca znał kwotę, za którą zostaną te usługi wykonane i wskazał ją w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny określając ją w wysokości 50 000,00 zł netto. Zamawiający pragnie zauważyć, iż porównując tę kwotę z kwotą założoną w szacowanym zestawieniu kosztów, nie jest to kwota rażąco niska, jeśli za wskaźnik określenia ceny za usługi projektowe przyjmiemy określony w ww. szacunkowym zestawieniu kosztów wskaźnik 5% wartości robót, który przyjęty został na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Przeliczając kwoty podane przez wybranego wykonawcę

w przedstawionym przez niego zestawieniu kosztów otrzymujemy za roboty budowlane kwotę 1 181 000,00 zł netto x 5% = 59 050,00 zł netto. Przedstawiona przez wykonawcę kwota

50 000,00 zł netto jest jedynie o 15,33% niższa od kwoty obliczonej z zastosowaniem wskaźnika określonego w ww. rozporządzeniu. Zdaniem zamawiającego różnica 9 050,00 zł netto nie stanowi znaczącej kwoty dla realizacji przedmiotu zamówienia, a już na pewno nie na tyle, by kwestionować umowę pomiędzy wybranym wykonawcą a jego podwykonawcą.

Przechodząc do drugiego zarzutu – naruszenia art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. „a” ustawy PZP – zamawiający wskazuje, iż zarzut ten oparty jest na założeniu, iż oferta złożona przez wykonawcę Krystiana Wentę zawiera rażąco niską cenę. Zatem zarzut pierwszy i drugi (a także trzeci, o czym niżej) to *de facto* zarzuty wynikowe. Zamawiający wykazał jednak powyżej, że zarzuty co do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę są niezasadne, a w konsekwencji także zarzut, zgodnie z którym oferta wybranego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jest niezasadny. Nie ma zatem sensu powielać argumentów przytoczonych już wyżej. Zaoferowana przez Krystiana Wentę cena jest ceną realną, nie została ukształtowana poniżej rzeczywistych kosztów świadczenia usług, a tym samym nie doprowadziła do utrudnienia innym przedsiębiorcom uzyskania zamówienia w postępowaniu.

Zarzut nr 3 – Zamawiający wskazał, iż w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył ww. zasady (art. 16 i 17 ustawy Pzp) dokonując wyboru oferty, która swą ceną nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia - wątku tego odwołujący jednak dalej nie rozwija, zatem trudno zamawiającemu odnieść się do tego twierdzenia. Nadto zamawiający, zdaniem odwołującego, naruszył ww. zasady wybierając ofertę, która zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wyjaśnił już, że cena wybranego wykonawcy nie była rażąco niska, a tym samym nie mogło dojść do naruszenia ww. zasad postępowania i nie ma potrzeby wyjaśnień tych powielać.

Przystępujący w swoim piśmie procesowym oraz na rozprawie podzielił argumentację prezentowaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość

szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*) wskazuje, co następuje.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia przepisów art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 5 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne-Budowlane K.W. z siedzibą w Popowie zawierającej rażąco niską cenę, pomimo

iż złożone przez wskazanego wykonawcę wyjaśnienia (1) nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, (2) były ogólnikowe i lakoniczne, w sposób uniemożliwiający weryfikację prawidłowości wyliczeń wskazanej w ofercie kwoty, (3) a wskazany podmiot nie złożył wystarczających dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Izba wskazuje, iż okolicznością mającą decydujący wpływ na ocenę zasadności podnoszonych przez odwołującego zarzutów miał charakter zamówienia oraz sposób wynagrodzenia za jego realizację.

Po pierwsze, zamawiający prowadzi postępowanie w systemie zaprojektuj i wybuduj, co oznacza, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek uwzględnienia i prawidłowego wycenienia całego zakresu robót opisanych przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia oraz Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Tym samym to wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem prac wchodzących w zakres zamówienia jest w stanie ustalić, które elementy zamówienia są najbardziej kosztochłonne, a co za tym idzie ich prawidłowa realizacja będzie skutkować powodzeniem całej inwestycji.

Po drugie, zamawiający określił charakter wynagrodzenia na ryczałtowy, co oznacza, że wykonawca musi uwzględnić w cenie ofertowej wszystkie koszty jakie przewiduje ponieść realizując rzeczoną inwestycję, przewidzieć odpowiednie zabezpieczenie (ryzyko kontraktowe) na zdarzenia nieprzewidziane oraz zysk.

Zamawiający nie żądał w ramach procedury składania ofert dodatkowych dokumentów, np. kosztorysów, kosztorysów uproszczonych, itp.

Z uwagi na okoliczność, iż cena oferty przystępującego przekraczała ustawowy próg 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, cyt.: *„Proszę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty, które mają wpływ na wysokość jej ceny, w szczególności w zakresie:*

- a) Zarządzania procesem świadczonych usług.
- b) Oryginalności usług ofertowanych przez Wykonawcę
- c) Zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej
- d) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.
- e) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- f) zgodność z przepisami kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie”.

W wezwaniu zamawiający nie sprecyzował elementów oferty, które budzą jego wątpliwości (czy chodzi o wycenę prac projektowych, koszt zakupu materiałów, jeżeli tak – jakich materiałów?). W kwestii kosztów pracy, zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie zgodności z odpowiednimi przepisami (nie zażądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji tych kosztów). Nie określił także, przedstawienia jakich dowodów oczekuje.

Ogólny charakter wezwania, dawał zatem wykonawcy pełną swobodę w skonstruowaniu swoich wyjaśnień w taki

sposób, który uwzględnił najistotniejsze elementy kosztotwórcze, mające najbardziej istotne znaczenie przy realizacji zamówienia.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że wyjaśnienia przystępującego nie były lakoniczne czy ogólnikowe. Wykonawca dokonał bowiem stosownego wyliczenia poszczególnych kosztów oraz opisał istotne elementy związane z prowadzoną działalnością gospodarczą wpływającą na możliwość zaoferowania wykonania robót za określoną cenę. W omawianym zakresie Izba uznała, że wyjaśnienia przystępującego były wystarczające. Okoliczność, iż wykonawca w odniesieniu nie do każdego punktu powołał dowody nie oznacza, że uchybił wezwaniu zamawiającego, czy naruszył przepisy ustawy Pzp. Trzeba mieć bowiem na uwadze fakt, iż wiadomości ogólne, powszechnie dostępne, dające się zweryfikować samodzielnie nie wymagają specjalnego dowodzenia. Potwierdzeniem powyższej tezy jest chociażby czynność zamawiającego polegająca na weryfikacji wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień samodzielnie bowiem dokonał analizy prawidłowości ich złożenia w aspekcie realności dokonanej przez przystępującego wyceny (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2023 r. sygn. akt KIO 459/23, „rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności”). Ocena ta, dokonana z udziałem dokumentów przekazanych przez wykonawcę oraz przy zastosowaniu dostępnych powszechnie informacji upewniła zamawiającego o prawidłowości dokonanej kalkulacji. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnego dowodu, który obaliłby prawidłowość wyliczeń dokonanych przez przystępującego. Jedynym argumentem odwołującego było porównanie do cen wynikających z cennika SEKOCENBUD. Jednakże w ocenie Izby to za mało, aby uznać zarzuty za zasadne.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 września 2023 r. sygn. akt KIO 2612/23, *nie jest zasadne podważanie kalkulacji przyjętych przez wykonawcę, jeżeli, jak to wynika z akt sprawy, są one realne i możliwe do przyjęcia. Tym bardziej, że zamawiający w dokumentacji postępowania nie żądał kalkulowania cen w oparciu o przeliczniki wynikające z KNNR. Skoro zatem wykonawca, znający swój potencjał wskazuje, że do wyliczenia ceny ofertowej ustalił odpowiedni czas pracy, wyceniając go w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami oraz ustalił czas pracy sprzętu, który w jego ocenie będzie pracował w określonym czasie, to nie sposób, względem takich wyjaśnień stawiać zarzutów. Odmienność w kalkulacji przyjętej przez zamawiającego od tej ustalonej przez wykonawcę stanowi jasny przykład, iż każde zamówienie charakteryzuje się właściwym dla takiego zadania okolicznościami, które należy uwzględnić oceniając prawidłowość dokonanej wyceny. Nie jest możliwe arbitralne przyjmowanie przez zamawiającego stanowiska, że tylko jego wyliczenia są prawidłowe, gdyż nie taki jest sens i cel składania przez wykonawców wyjaśnień. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia takich rozbieżności ma obowiązek je ocenić, uwzględniając jednocześnie dedykowane temu wykonawcy warunki realizacji zamówienia”.*

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przepisów art. 266 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw.

z art. 224 ust. 1, 2 lit. a oraz ust. 5 i 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż oferta wskazanego podmiotu została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za bezzasadny.

Wskazać należy, iż odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut przyjął za prawidłowe twierdzenia opisane w zarzucie nr 1 uznając, iż cena oferty przystępującego jest rażąco niska i nie pozwala na realizację zamówienia, przez co jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK).

Biorąc pod uwagę okoliczność niepotwierdzenia się zarzutu nr 1, w konsekwencji uznać należało za niezasadny zarzut nr 2, który badany osobno, jednakże w powiązaniu z poprzednim zarzutem uznać należało jako wynikowy.

Analogicznie Izba uznała w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia przepisów art. 16 pkt 1, 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 Pzp, poprzez niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad przejrzystości, udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, udzielenie zamówienia z pominięciem wymogów stawianych przepisami Pzp.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający przeprowadził postępowanie nie naruszając ww. przepisów ustawy Pzp. Wszystkie czynności były dokonywane transparentnie, uwzględniając interes każdego z wykonawców biorących

udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena zgromadzonego przez zamawiającego materiału dowodowego była prawidłowa, z poszanowaniem równego traktowania wykonawców. Okoliczność, iż z taką oceną nie zgadza się odwołujący nie przesądza o zasadności postawionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....