

WYROK

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 marca 2024 r. przez odwołującego: T.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ATTIS T.O., Stara Wieś 216, 33-325 Krużłowa Wyżna w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Legnica z siedzibą w Legnicy, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: BUDRIM sp. z o.o. z siedzibą w Kunicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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

Gmina Legnica z siedzibą w Legnicy (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Rewitalizacja zabytkowego Parku Miejskiego w Legnicy – Przebudowa alejek parkowych: Białej, Oswobodzenia i Hetmańskiej, alejki pomiędzy aleją Białą a Hetmańską” (Numer referencyjny: M.RZP.271.6.1.298.43.2023) zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2024/BZP 00067561/01 z 25 stycznia 2024 r.

26 marca 2024 r. wykonawca: T.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ATTIS T.O., Stara Wieś 216, 33-325 Krużłowa Wyżna (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie. Odwołujący w następujący sposób sformułował zarzuty i żądania odwołania:

„(...) wnoszę odwołanie

1) od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp pn.: „Rewitalizacja zabytkowego Parku Miejskiego w Legnicy” – Przebudowa alejek parkowych: Białej, Oswobodzenia i Hetmańskiej, alejki pomiędzy aleją Białą a Hetmańską, (Nr postępowania: M.RZP.271.6.1.298.43.2023), polegającej na bezprawnym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która powinna być odrzucona tj. oferty firmy: BUDRIM Sp. z o.o., z siedzibą w Kunicach

(59-216) przy ul. Rolniczej 2, poprzez naruszenie poniższych przepisów:

- a) art. 223 ust 1 ustawy Pzp, tj. prowadząc niedopuszczalne pomiędzy Zamawiającym a ww. Wykonawcą negocjacje, dotyczące złożonej oferty - a przez to przyzwoleń na dokonanie niedopuszczalnych zmian w jej treści poprzez ostateczne przyjęcie zmienionych wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty,
- b) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tj. nie odrzucając oferty ww. Wykonawcy jako oferty

z rażąco niską ceną - w sytuacji złożenia niedopuszczalnych, ponad jednokrotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w dodatku wyjaśnień bez jakichkolwiek dowodów, i wyjaśnień które nie

uzasadniły w dopuszczalny sposób ceny podanej w ofercie,

c) art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp tj. prowadząc postępowanie z rażącym naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania Wykonawców oraz zasady przejrzystości,

d) art. 17 ust. ustawy Pzp tj. udzielając zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp

- wypełniając tym samym jako podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 1 ustawy Pzp;

2) na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności, polegających na:

a) wnikliwym zbadaniu wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana

za najkorzystniejszą, do którego Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 16.02.2024r.)

b) odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana

za najkorzystniejszą na podstawie poniższych przepisów art. 226 ust. 1 ustawy Pzp:

- pkt 3) jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz

- pkt 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

c) wyborze oferty Odwołującego, zgodnie z przepisem art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

- wypełniając tym samym jako podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 2 ustawy Pzp;

3) na zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy Pzp tj.:

a) z poszanowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych

tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania Wykonawców,

b) zasady przejrzystości,

c) udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- mimo że Zamawiający był do tego obowiązany na podstawie przepisu art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i wypełniając tym samym jako podstawę odwołania przepis art. 513 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazany powyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa:

1) zarzut naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

w związku z art. 223 ust. 1, art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Pzp - polegający na:

a) zaniechaniu prowadzenia postępowania zgodnie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych,

b) udzieleniu zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

c) zaniechaniu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy w sytuacji, gdy udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia:

- są niedopuszczalne gdyż są dwukrotnie „zawezwane” ze strony Zamawiającego i udzielone trzykrotnie przez Wykonawcę,

- stanowią niedopuszczalną zmianę oferty, a dodatkowo

- nie udowadniają, iż podana w ofercie cena nie jest rażąco niska.

2) zarzut naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

w związku z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ww. Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podnosząc ww. zarzuty wnosi o ich uznanie, uwzględnienie odwołania

na podstawie przepisu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 marca 2024 r.,

b) powtórzenie czynności związanych z badaniem wyjaśnień ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą - w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia z dnia 16.02.2024r.)

c) odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy, którego oferta została wybrana

za najkorzystniejszą na podstawie poniższych przepisów art. 226 ust. 1 ustawy Pzp:

- pkt 3) jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz

- pkt 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

d) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej”.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

W toku postępowania Zamawiający wezwał do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny złożonej oferty.

Wezwanie ze względu na wypełnienie przesłanek określonych w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp miało charakter obligatoryjny.

W treści wezwania Zamawiający pouczył,

że zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy a ponadto i o tym, iż Oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny - podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną.

W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wezwał o wyjaśnienia w oparciu o przepis art. 224 ustawy Pzp – a ten mówi o wyjaśnieniach wraz z dowodami.

Przystępujący w odpowiedzi przesłał 16 marca 2024 r. wyjaśnienia bez dowodów oraz załączył do nich dokument: „Kalkulacja szczegółowa” (jedynie dla jednego z czterech działów przedmiaru robót, określającego przedmiot zamówienia), wszystkie stanowiące jedyne oświadczenia własne Wykonawcy.

Do wyjaśnień nie dołączono żadnych obiektywnych dowodów, w tym nawet w zakresie wynagrodzenia za pracę gdzie Wykonawca jedynie lakonicznie oświadczył, „iż koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów z dnia 10 listopada 2020 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).” – zamiast przedstawić ich rzetelne wyliczenie jako jednego ze składników cenotwórczych oferty, choćby z uwagi na obowiązek wynikający z brzmienia przepisu art. 224 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Przystępujący nie udowodnił przy tym wszystkich wyliczeń składających się na cenę ofertową ani realności czynników cenotwórczych, w tym nie wyjaśnił zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy czy też zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Przystępujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach przytoczył nieprawdziwe informacje w zakresie:

- zastosowania szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej: w przypadku aż 14 z 27 pozycji kosztorysowych zastosował bowiem metodę kalkulacji uproszczonej, co oznacza
 - że cena jednostkowa nie wynika z zastosowania do jej kalkulacji przedstawionych w ofercie czynników produkcji lecz z wprowadzonej ceny jednostkowej (uproszczonej);
- zastosowania zaoferowanych czynników produkcji: w kalkulacji szczegółowej (pozostałe 13 pozycji kosztorysowych) zastosowano inne niż oferowane wartości (stawka roboczogodziny, ceny materiałów)
- zgodności z przedmiarem robót: w pozycji nr 21 d.1.2 Wykonawca w sposób nieuprawniony zmienił opis pozycji i ilość jednostek przedmiarowych.

Do oferty a następnie do umowy należało dołączyć odpowiednie poniższe dokumenty oraz sporządzić je zgodnie z poniższymi wytycznymi:

„XVIII. Sposób obliczenia ceny oferty:

- 1.Cena podana przez wykonawcę w „Formularzu oferty” – Rozdział 1 SWZ, jest wyrażoną w pieniądzu wartością robót budowlanych i innych świadczeń wykonawcy stanowiących przedmiot zamówienia.
- 2.Cenę oferty oblicza się na podstawie:
 - a)wycenionego przedmiaru robót sporządzonego w formie uproszczonej, dalej zwanego kosztorysem ofertowym, z ryczałtowymi cenami jednostkowymi
 - (z narzutami bez VAT) dla każdej pozycji przedmiarowej obliczonej w PLN (dwa miejsca po przecinku).
 - Określenie ryczałtowych cen jednostkowych niezgodnie
 - z w/w zapisem (np. z 3. miejscami po przecinku) traktowane będzie jako błąd
 - w obliczeniach i skutkować będzie odrzuceniem oferty,
 - b)wyceny innych świadczeń wykonawcy np. robót przygotowawczych, robót porządkowych, utrzymania zaplecza budowy, czynności związanych z odbiorami robót, sporządzeniem dokumentacji powykonawczej w tym operatu kolaudacyjnego itp., bez VAT - obliczonej w PLN,
 - c)do tak obliczonej łącznej wartości kosztorysowej nalicza się obowiązujący podatek VAT otrzymując cenę przedmiotu zamówienia.
- 3.Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.

Wyceniony przedmiar robót w formie uproszczonej zwany kosztorysem ofertowym powinien obejmować wszystkie

pozycje dostarczonego przedmiaru robót przez Zamawiającego wraz

z zestawieniem materiałów i sprzętu – Wykonawca ma prawo zastosować materiały równoważne lecz o parametrach nie gorszych niż zaproponowane przez Zamawiającego.

W pozycjach nie wycenionych przez Wykonawcę należy wpisać cyfrę „0”.

Zamawiający nie dopuszcza stosowania upustu ogólnego. W przypadku zastosowania upustu Wykonawca winien przeliczyć wszystkie pozycje wycenionego przedmiaru robót.

Roboty, które nie zostały wymienione w przedmiarze i w następstwie tego nie uwidoczniło ich wyceny w kosztorysie ofertowym, lecz są opisane w specyfikacjach technicznych będą uważane za zawarte w cenach innych pozycji wycenionego przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego) zgodnie z poniższą kolejnością pierwszeństwa dokumentów:

- 1)specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych - STWiOR,
- 2)dokumentacja projektowa: opis, rysunki,
- 3)wyceniony przedmiar robót.

Przyjmuje się, że cena za prace, których nie przedstawiono w oddzielnych pozycjach przedmiaru, została rozłożona na ceny jednostkowe wstawione dla innych elementów robót – i to należało wykazać w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny a czego wybrał Wykonawca jak już wykazano powyżej nie uczynił.

- 4.Nie dopuszcza się w składanej ofercie wariantowych wycenionych przedmiarów robót Wykonawcy. Zaleca się aby Wykonawca dokonał wizji lokalnej w terenie oraz zdobył wszelkie informacje, które mogą być konieczne do prawidłowej wyceny wartości robót budowlanych, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy związanych z błędnym skalkulowaniem ceny lub pominięciem elementów niezbędnych do wykonania umowy.

Zamawiający od Wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę zażąda przekazania w dniu podpisania umowy kosztorysów zawierających kalkulacje ryczałtowych cen jednostkowych wykonanych metodą szczegółową.”

Przystępujący w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie przedstawił nawet całego kosztorysu tylko jego część.

Odwołujący wskazał także, że część pozycji zawierała inne ceny jednostkowe

od przedstawionych w kosztorysie ofertowym (dot. pozycji nr 10; 11; 13; 14; 15; 16; 17; 19; 20; 24; 25). W pozycji nr 21

Przystępujący dokonał zmiany treści jej opisu i ilości. Ponadto

część cen jednostkowych (w czternastu pozycjach) nie wynikała z kalkulacji szczegółowych ale z wprowadzonych uproszczonych cen jednostkowych.

Dokonane wyjaśnienia, sposób ich sporządzenia i zobrazowania – jest oczywiście niedopuszczalną zmianą, niedopuszczalną negocjacją ceny ofertowej, łamiącą tym samym przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący nie złożył wiarygodnych i wyczerpujących wyjaśnień, co potwierdził sam Zamawiający w treści ponownego wezwania do wyjaśnień, wskazując wręcz na dostrzeżone nieprawidłowości. W sprawie nie zaszyły żadne okoliczności, które umożliwiłyby Zamawiającemu dopuszczalnie prawnie ponowne wezwanie Przystępującego do wyjaśnień, bo mógłby je zastosować jedynie w przypadku, gdyby konieczne było doprecyzowanie złożonych już wyjaśnień, a nie wyjaśnień do odkrytych oczywistych błędów.

Niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego Wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, co w swoim piśmie (drugie wezwanie) - potwierdził de facto sam Zamawiający wskazując na dostrzeżone niezgodności.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. W treści wezwania Zamawiający wskazał na dostrzeżone rozbieżności w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 16 lutego 2024 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący zwrócił się o wydłużenie terminu z 1 marca na 4 marca 2024 r. i to bez podania jakichkolwiek powodów, na co Zamawiający wyraził zgodę, nie bacząc na to, iż pyta o cenę która powinna być wyliczona już dawno

tj. na dzień składania ofert.

Przystępujący udzielił odpowiedzi 1 marca 2024 r., przysyłając jedynie opracowanie zatytułowane „kalkulacja szczegółowa” uwzględniający rozbieżności w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę, i miał kamienny, jednak w rzeczywistości kalkulacja ta opiera się – ponownie jak przedstawiona 16 marca 2024 r. – na

wprowadzeniu cen jednostkowych w sposób uproszczony. W mailu przekazującym ów kosztorys - sam Przystępujący przyznał się wprost do dokonanych zmian względem wcześniejszych informacji, pisząc „W zmienionych kalkulacjach szczegółowych przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzem cenowym”.

Przystępujący przedstawiając zmienioną w stosunku do wyjaśnień z 16 lutego 2024 r. „kalkulację szczegółową” – i ponownie jedynie dla działu nr 1 przedmiaru robót, sam zmienił treść poprzednich wyjaśnień. Uczynił to jednak jedynie pozornie, dostosowując czynniki cenotwórcze do tych wskazanych w treści oferty, jednakże znaczna część cen poszczególnych pozycji faktycznie nie jest wynikiem kalkulacji szczegółowej lecz wynikiem wprowadzenia uproszczonych cen jednostkowych.

W poszczególnych pozycjach „kalkulacji” został zmniejszony nakład materiałów skutkujący niezgodnością oferty z przedmiotem zamówienia (np. poz. 12).

Jednocześnie jak wykazano powyżej 1 marca 2024 r. Przystępujący zwrócił

się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 4 marca 2024 r.,

na co Zamawiający wyraził zgodę. Tak więc kolejne, trzecie wyjaśnienia ceny oferty, kolejną wersję „Kalkulacji szczegółowej” – tym razem dla całego zakresu przedmiotu zamówienia - Przystępujący przedstawił z datą 4 marca 2024 r., wskazując w nich wprost

na niedopuszczalne dokonane zmiany:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.02.2024 r. w załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy uwzględniający rozbieżności w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę, i miał kamienny. W zmienionych kalkulacjach szczegółowych przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzem cenowym. W załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy obejmujący wszystkie pozycje wykazane w kosztorysie ofertowym z uwzględnieniem cen jednostkowych materiałów wykazanych w zestawieniu materiałów. Z uwagi na powtarzalność pozycji przedmiarowych przesłany wcześniej kosztorys szczegółowy zawierał jedynie pozycje działu 1.1 i 1.2.”

Przekazany dokument, podobnie jak wersje wcześniejsze, faktycznie nie przedstawiał szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej lecz zawierał w większości ceny uproszczone, niewynikające ze szczegółowej kalkulacji opartej na czynnikach cenotwórczych, wskazanych w ofercie. Kolejnej, niedopuszczalnej zmianie uległy również poszczególne ceny jednostkowe.

W związku z powyższym stanem faktycznym i przyznaniu się samego Wykonawcy do zmian w zakresie pierwotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - Zamawiający winien był odrzucić ofertę Wykonawcy jako, iż Wykonawca w wyznaczonym (i nawet wydłużonym) terminie nie udowodnił, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie mógł więc ponownie wezwać Wykonawcy, gdyż nastąpiła okoliczność wskazana w art. 224 ust. 6 Pzp – to znaczy, że złożone wyjaśnienia

nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna – co sam Zamawiający potwierdził w drugim wezwaniu i co wskazano powyżej.

Zamawiający przedłużył wybranemu Wykonawcy termin na złożenie dokumentów, co również świadczy o naruszeniu równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji

i przejrzystości zasad prowadzonego postępowania, tym bardziej że tak naprawdę wyjaśnienia dotyczyły ceny a ta powinna być szczegółowo przygotowana już na dzień złożenia oferty.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tak więc

w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie mógł ponownie wezwać Wykonawcy, gdyż nastąpiła okoliczność wskazana w art. 224 ust. 6 Pzp – to znaczy, że złożone wyjaśnienia nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna – co sam Zamawiający de facto potwierdził w swoim drugim wezwaniu i co wykazano powyżej.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W swoim stanowisku wyrażonym na rozprawie poparł wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego

po upływie ustawowego terminu. Zamawiający na wypadek nieuwzględnienia wniosku

o odrzucenie odwołania wniósł również o jego oddalenie. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom i argumentom Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp. Tym samym Izba uznała za niezasadny wniosek Przystępującego o oddalenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Podstawą wniosku było twierdzenie Przystępującego, poparte również przez Zamawiającego, że Odwołujący dysponował wszystkimi informacjami, które stanowiły podstawę faktyczną do wniesienia odwołania już w momencie zaproszenia Przystępującego do negocjacji. Stąd Przystępujący wywodził, że już od momentu zaproszenia go do negocjacji Odwołujący wiedział, że Zamawiający uznał, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu z postępowania. W konsekwencji Przystępujący wskazał, że początek biegu terminu do wniesienia odwołania należało liczyć nie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a od czynności zaproszenia wykonawców do negocjacji ceny.

Izba oddaliła powyższy wniosek Przystępującego uznając, że wobec poważnych zastrzeżeń co do kompletności dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, nie da się w sposób jednoznaczny ustalić, czy Odwołujący rzeczywiście już w momencie zaproszenia Przystępującego do negocjacji dysponował informacjami pozwalającymi na wniesienie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

- A. SWZ wraz z załącznikami,
- B. oferty Przystępującego,
- C. wezwania do wyjaśnień ceny oferty skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego 13 lutego 2024 r.,
- D. wezwania do wyjaśnień ceny oferty skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego 28 lutego 2024 r.
- E. wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 12 lutego 2024 r. w postępowaniu złożone zostały następujące oferty:

- 1. Granit D.P. sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu z ceną 1 488 349,58 zł,
- 2. SORTED Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie z ceną 1 773 377,61 zł brutto,
- 3. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Tribud T.B., Wierzbowa 40a, 55-114 Rogoź z ceną 1 968 040,25 zł brutto,
- 4. Firma ROKOM Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I. Komorowscy Sp. j. z siedzib w Kamiennej Górze z ceną 1 867 999,94 zł brutto,
- 5. Odwołujący z ceną 1 299 281,73 zł brutto,
- 6. PRO-INFRA Sp. z o.o. z siedzibą w Jerzmanowej z ceną 1 270 478,77 zł brutto,
- 7. Przystępujący z ceną 940.950,00 zł brutto.

Na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył 1 500 000 zł brutto.

13 lutego 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie:

„Zamawiający informuje, że po analizie ofert-cen przedstawionych w ofertach złożonych

w ramach przedmiotowego postępowania twierdzono, że cena Państwa oferty znacząco/ rażąco odbiega zarówno:

- od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość zamówienia wynosi 1.500.000,00 zł brutto, natomiast Państwa oferta opiewa na kwotę 940.950,00 zł brutto, co stanowi 62,73 % wartości zamówienia brutto ustalonej przed wszczęciem postępowania, jest od niej niższa o 37,27%, czyli więcej niż 30% – art. 224 ust 2 pkt 1) uPzp;
- od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych niepodlegających odrzuceniu ofert. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert w postępowaniu wynosi 1.515.496,84 zł brutto, natomiast Państwa oferta opiewa na kwotę 940.950,00 zł brutto, stanowi 62,05 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jest od niej niższa o 37,91%, czyli więcej niż 30% – art. 224 ust 2 pkt 1) uPzp;

W związku z powyższym na podstawie art. 224 Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień - w nieprzekraczalnym terminie do dnia 16.02.2024r. do godziny 13.00.

Jednocześnie Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 i ust. 6 uPzp obowiązek wykazania, że oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny - podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną (...).

W odpowiedzi, 16 lutego 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (przy czym Zamawiający bez dokonania formalnej czynności odtajnienia tych wyjaśnień ujawnił je i przekazał Odwołującemu).

Do wyjaśnień zostały dołączone kosztorysy szczegółowe.

W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał:

„Kalkulacja ceny podanej w ofercie została sporządzona rzetelnie i gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony. Zapewniamy, że realizacja zamówienia jest możliwa i ekonomicznie uzasadniona za cenę podaną w ofercie. Wyceny przedmiotu zamówienia dokonaliśmy w sposób odpowiadający realiom rynkowym i obejmujący wszystkie koszty poniesione w trakcie realizacji zamówienia oraz przewidywany zysk, w oparciu

o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji zadania oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy zgromadzone przy realizacji podobnych inwestycji. Cena oferty została skalkulowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w IDW oraz dokumentacją techniczną.

Poniżej przedstawiamy czynniki mające wpływ na wysokość ceny oraz informacje, które potwierdzają, iż złożona oferta uwzględnia wszystkie koszty związane z wymaganiami IDW

i jest realną ceną rynkową, gwarantującą możliwość prawidłowego wykonania zamówienia.

I. Elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny

- 1) Doświadczenie poparte praktycznym działaniem w terenie, znajomość specyfiki robót oraz znajomość poziomu nakładów i ponoszonych kosztów pozyskana przy realizacji podobnych kontraktów realizowanych przez spółkę BUDRIM (...),
- 2) Posiadanie własnego sprzętu i środków transportu. Firma nie ponosi kosztów wynajmu od podmiotów zewnętrznych.
- 3) Realizacja zadania będzie odbywała się przez wyspecjalizowanych pracowników Wykonawcy mających wieloletnie doświadczenie w zakresie przedmiotowym zadania.

Jednocześnie oświadczamy, iż koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów z dnia 10 listopada 2020 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

Na potwierdzenie powołanych argumentów w załączeniu przedstawiamy szczegółową kalkulację cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. Z uwagi na powtarzalność pozycji kosztorysowych kalkulacja szczegółowa wykonana została dla działu 1, który odzwierciedla sposób wyceny całości zadania. Kalkulację szczegółową wykonano w oparciu o cennik (...).

Kalkulacja szczegółowa w wybranych pozycjach uwzględnia doświadczenie, znajomość terenu oraz znajomość specyfiki robót, a także znajomość poziomu nakładów i ponoszonych kosztów pozyskania przy realizacji podobnych kontraktów realizowanych przez spółkę BUDRIM.

Podsumowując potwierdzamy, że oferowana cena uwzględnia wszystkie elementy

i wymagania postawione w IDW oraz uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Cena oferty została skalkulowana w sposób zapewniający pokrycie kosztów wykonania robót oraz uzyskanie przewidywanego zysku”.

28 lutego 2024r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie:

„Zamawiający informuje, że po analizie Państwa wyjaśnień złożonych w dniu 16.02.2024 r. stwierdzono rozbieżności:

- a) w ofercie, w „Formularzu cenowym” - Rozdział 5 SWZ w pozycji „Wykaz stawek i narzutów” zaoferowaliście Państwo stawkę roboczogodziny w wysokości 40 zł/r-g, natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień w kosztorysie szczegółowym do wyliczenia ceny każdej z przedstawionych pozycji przyjęta stawka roboczogodziny wynosi 37,20 zł/r-g;
- b) rozbieżne są również ceny materiałów np.:
 - w ofercie cena jednostkowa piasku to 45 zł za m³; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień w kosztorysie szczegółowym do wyliczenia ceny np. w pozycji 12 d.3.2. przyjęta cena jednostkowa piasku to 22 zł za m³,
 - w ofercie cena jednostkowa wody to 7 zł za m³; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień w kosztorysie szczegółowym do wyliczenia ceny przyjęta cena jednostkowa wody to 5,94 zł za m³,
 - w ofercie cena jednostkowa miału kamiennego 65 zł za tonę; natomiast w pozycjach załączonych do ww. wyjaśnień w kosztorysie szczegółowym do wyliczenia ceny przyjęta cena jednostkowa miału kamiennego to 38,15 zł za tonę,

w związku z powyższym proszę o wyjaśnienie powyższych rozbieżności a) i b)

w nieprzekraczalnym terminie do dnia 01.03.2024 r. do godziny 12.00.

Odpowiednio bowiem do zapisu pkt XVIII IDW – Rozdział 2 SWZ cyt. Zamawiający

od Wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę zażąda przekazania w dniu podpisania umowy kosztorysów zawierających kalkulacje ryczałtowych cen jednostkowych wykonanych metodą szczegółową, które (ww. kosztorysy wykonane metodą szczegółową) winny być zgodne ze złożoną ofertą”.

W odpowiedzi Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu

do złożenia wyjaśnień do 4 marca 2024 r., na co Zamawiający wyraził zgodę.

1 marca 2024 r. Przystępujący złożył kosztorys szczegółowy uwzględniający rozbieżności

w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę i miał kamienny. Przystępujący w korespondencji na platformie zakupowej wskazał przy tym: „W zmienionych kalkulacjach szczegółowych przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzu cenowym”.

4 marca 2024 r. Przystępujący: „w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28.02.2024 r. w załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy uwzględniający rozbieżności w wysokości stawki robocizny oraz ceny jednostkowej za piasek, wodę, i miał kamienny. W zmienionych kalkulacjach szczegółowych przyjęto ceny zgodne ze złożonym w postępowaniu formularzem cenowym.

W załączeniu przesyłam kosztorys szczegółowy obejmujący wszystkie pozycje wykazane

w kosztorysie ofertowym z uwzględnieniem cen jednostkowych materiałów wykazanych

w zestawieniu materiałów. Z uwagi na powtarzalność pozycji przedmiarowych przesłany wcześniej kosztorys szczegółowy zawierał jedynie pozycje działu 1.1 i 1.2”.

21 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej

w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp w sposób wskazany przez Odwołującego. Izba podkreśla przy tym, że jest związana zarzutami odwołania – zgodnie

z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba – nawet w przypadku stwierdzenia oczywistej nieprawidłowości

w postępowaniu zamawiającego – nie może zakwalifikować takiej nieprawidłowości jako naruszenia przepisów innych niż wskazane we właściwym zarzucie odwołania. Izba nie

może również wyjść poza zakres argumentacji podniesionej przez odwołującego na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów. Dlatego też Izba oddaliła odwołanie uznając,

że w postępowaniu Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów w sposób, jaki wynikał z argumentacji Odwołującego.

Pierwsze wyjaśnienia złożone 16 lutego 2024 r. przez Przystępującego były lakoniczne,

ale ich ocena nie mogła nastąpić w oderwaniu od treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Wezwanie to było sformułowane w taki sposób, że dawało Przystępującemu właściwie pełną swobodę tak co do sposobu wyjaśnienia ceny oferty, jak i stopnia szczegółowości wyjaśnień. Mimo obowiązkowego charakteru wezwania do wyjaśnień Zamawiający poprzestał jedynie na wskazaniu: „na podstawie art. 224 Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień”.

Trudno w tej sytuacji byłoby uznać, że Przystępujący w jakikolwiek sposób nie zrealizował obowiązku wyjaśnienia swojej ceny, skoro zakres tego obowiązku wynika przede wszystkim

z treści wezwania. Art. 224 Pzp adresowany jest do zamawiających, o czym świadczą

takie zwroty jak: „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień”, „zamawiający zwraca

się o udzielenie wyjaśnień”, „zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień”. Nie można więc przyjąć, że skierowanie do wykonawcy ogólnikowego wezwania do wyjaśnienia ceny nakłada na wykonawcę obowiązek wyjaśnienia swojej ceny na poziomie odpowiadającym, co do zakresu przynajmniej dyspozycji art. 224 ust. 3 Pzp.

Z tego względu Izba oddaliła zarzuty odwołania dotyczące pierwszego z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, podkreślając przy tym, że Odwołujący miał możliwość wniesienia odwołania kwestionującego prawidłowość czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, ale tego nie zrobił.

Kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień, skierowane do Przystępującego 28 lutego 2024 r., w odróżnieniu od pierwszego wezwania, miało charakter konkretny i jasny. Zamawiający powziął konkretne wątpliwości, których źródłem były pierwsze wyjaśnienia Przystępującego

i załączony do nich kosztorys. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wezwanie

to nie było dla wykonawcy „kolejną szansą” ze względu na niewywiązanie się z obowiązku wyjaśnienia ceny za pierwszym razem. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wskazał różnice między kosztorysem ofertowym i kosztorysem złożonym wraz z pierwszymi wyjaśnieniami i zwrócił się o wyjaśnienia w tym właśnie zakresie. Ocenie tym

samym podlegało, czy Przystępujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na zadane mu w piśmie z 28 lutego 2024 r. pytania.

Odwołujący znał treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, znał też treść wezwań do wyjaśnień. Mimo to, mimo oczywistych nieprawidłowości drugich wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, jak również ich rażąco błędnej oceny przez Zamawiającego, Odwołujący nie zdołał podnieść prawidłowo skonstruowanych zarzutów, odnoszących się do stanu faktycznego sprawy.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu zmianę treści oferty, ale nie określił jaka część oferty i w jaki sposób została zmieniona na skutek wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego. O ile drugie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego można było potraktować jako próbę modyfikacji załącznika do pierwszych wyjaśnień, to nie stanowiły one choćby próby modyfikacji samej oferty. Odwołujący twierdził także, że drugie z wyjaśnień Przystępującego nie stanowiły dowodu na realność ceny oferty, ale – jak już zostało wskazane wyżej – wezwanie Zamawiającego z 28 lutego 2024 r. miało bardzo wąski, sprecyzowany charakter i nie dotyczyło ceny całkowitej oferty, a jedynie konkretnych rozbieżności między niektórymi pozycjami kosztorysów złożonych w postępowaniu przez Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący