

**WYROK**

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Patryk Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2024 r. przez wykonawców

**Moderato Sp. z o.o. w Oświęcimiu, PAGRO Firma Brukarsko – Drogowa P.H.U. Sp. z o.o. w Modlnicy, W.K. - PROJEKT - BUD inż. W.K. w Wygielzowie**

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Gmina Miasta Tychy**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

**ANMED Sp. z o.o. w Kietrzy**

**orzeka:**

**Oddala** odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 599 zł 99 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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**

Gmina Miasta Tychy (Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę boiska przy ul. Edukacji w Tychach, znak sprawy: PZP.271.11.2024.AM Ogłoszenie o zamówieniu: Ogłoszenie nr 2024/BZP 00218420/01 opublikowane w dn. 26.02.2024 r. (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 15 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Moderato Sp. z o.o. (Os. Rotmistrza Witolda Pileckiego 17/6 32-600 Oświęcim), PAGRO Firma Brukarsko - Drogowa P.H.U. Sp. z o.o. (ul. Jurajska 2/B, 32-085 Modlnica) W.K. - PROJEKT - BUD inż. W.K. (ul. Lipowiecka 26B, 32-551 Wygielzów) (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2024 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 16 kwietnia 2024 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Anmed sp. z o.o. (ul. Sobieskiego 32, Dzierżysław, 48-130 Kietrz), którego oferta została oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza (dalej: Przystępujący lub ANMED). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i:

1. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia a także jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie - zaniechaniu wezwania ANMED do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i zaniechaniu poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych/ innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia;
2. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. Zaniechaniu wezwania ANMED do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia; a także zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez ANMED, w sytuacji gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub istotne elementy składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ANMED, a w konsekwencji jej wybór, w sytuacji gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny;

2) ewentualnie - art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ANMED do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy cena oferty brutto wskazana w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ nie jest zgodna z wartością powstałą w związku z sumowaniem wszystkich pozycji zestawienia zbiorczego kosztów, stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ, względnie poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych/ innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia;

3) art. 224 ust. 1, ust. 5 - 6 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ANMED do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, które wydają się rażąco niskie w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotną część składową w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ANMED, pomimo że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności badania i oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza;

5) art. 224 ust. 1, ust. 5-6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ANMED w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt lub ich istotne części składowe w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji gdy ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ANMED jako najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ANMED; ewentualnie, w przypadku przyjęcia, iż oferta ANMED nie podlega odrzuceniu - nakazanie Zamawiającemu wezwanie ANMED do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym treści złożonej oferty z uwagi na to, że cena oferty brutto wskazana w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ nie jest zgodna wartością powstałą w związku z sumowaniem wszystkich pozycji zestawienia zbiorczego kosztów, stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ;

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony oraz Przystępujący powoływali się na dokumenty Postępowania.

Odwołujący na poparcie twierdzeń odwołania przedłożył dodatkowo ofertę dla członka konsorcjum składającego odwołanie Moderato sp. z o.o. na dostawę zbiorników retencyjnych z 12 marca 2024 r. na kwotę 560 000 zł brutto (po 280 000 zł jeden zbiornik) wraz z transportem i montaż dźwigiem oraz ofertę dla członka konsorcjum składającego odwołanie Moderato sp. z o.o. na wykonanie umocnienia wykopu pod zbiorniki retencyjne z 12 marca 2024 r. na kwotę 235 000 zł brutto, na okoliczność rażąco niskiej ceny elementu składowego ceny ofertowej w postaci dostawy i montażu oraz wykonania i zabezpieczenia wykopu pod zbiorniki w technologii tymczasowej ścianki szczelnej z gruzi stalowych.

Izba oparła się na dokumentach postępowania. Izba uznała wnioski dowodowe Odwołującego za nieprzydatne dla ustalenia rynkowości ceny ofertowej i jej elementu składowego w tym również możliwości wykonania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia (jego elementu w postaci dostawy i montażu zbiorników retencyjnych). W ocenie Izby dowody wskazują wyłącznie cenę, jaka zaoferowana została Odwołującemu przez konkretny podmiot, że za cenę taką podmiot trzeci gotowy był zrealizować określone świadczenie na rzecz Odwołującego. Izba oddaliła wnioski

dowodowe w oparciu o art. 541 w zw. z art. 531 Pzp jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu i powołane dla zwłoki.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania (szczególności SWZ i oferty Przystępującego (wraz z jej załącznikami w postaci wypełnionego załącznika 1a), z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty z SWZ, błędu w ustaleniu ceny, ani rażąco niskiej wysokości ceny ofertowej – jej istotnego elementu składowego, jak też potrzeby wezwania do wyjaśnień w powyższych kwestiach wobec niewykazania w tym zakresie wątpliwości to uzasadniających.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe Przystępującego i Zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach Postępowania i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem Zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a Odwołujący nie przedłożył dowodów wystarczających do wykazania niezgodności oferty z warunkami zamówienia, błędu w określeniu ceny ofertowej Przystępującego, ani istotności podważanych jako rażąco niskie elementów składowego ceny i tego, że cena danego elementu jest rażąco niska w stopniu zagrażającym realizacji zamówienia zgodnie z warunkami postępowania.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także oświadczenia złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

1. Zgodnie z SWZ zakres przedmiotu zamówienia **obejmuje kompleksowe wykonanie robót budowlanych, zgodnie z Ustawą Prawo Budowlane i aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie, zgodnie ze sztuką budowlaną i technologią wykonywania robót, a także wytycznymi producentów wyrobów budowlanych i materiałów, dla zadania pn.: „Budowa boiska przy ul. Edukacji w Tychach”. Podstawą realizacji będzie dokumentacja projektowa oraz STWOR, stanowiąca załącznik nr 4 do SWZ** Po stronie wykonawcy będzie przygotowanie dokumentacji powykonawczej, wraz z geodezją powykonawczą, a także zabezpieczenie placu budowy, ochrona zieleni, obsługa geodezyjna, badania, sprawdzenia. Zakres prac obejmuje min.:  Roboty ziemne, rozbiórkowe, wywozy, utylizacje, profilowania terenu i skarp, wymiana gruntu, podbudowy,  Odwodnienie boiska,  Kanalizacja deszczowa,  Instalacja wodociągowa,  Instalacja zraszania płyty boiska,  Instalacja podgrzewania płyty boiska wraz z węzłem,  Zbiorniki retencyjne,  Nawierzchnia boiska z trawy naturalnej (rewizja do projektu obejmuje zmianę rodzaju nawierzchni sportowej boiska ujętej w projekcie podstawowym jako trawa hybrydowa na trawę sianą),  Oświetlenie, nagłośnienie, monitoring, instalacje elektryczne, instalacje teleinformatyczne,  Ciągi komunikacyjne, stanowiska postojowe wraz z robotami towarzyszącymi, podbudowami,  Trybuny, wiaty stadionowe, elementy małej architektury,  Budynek techniczno – socjalny wraz z instalacjami i wyposażeniem,  Piłkochwyty, ogrodzenie,  Wyposażenie obiektu,  Tereny zielone,  Pielęgnacja murawy, szkolenie przyszłego administratora obiektu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. (pkt. 3.1 SWZ);
2. Zgodnie z SWZ z uwagi na charakter robót stanowiących integralną całość, które będą prowadzone na jednym obiekcie oraz konieczność zachowania prawidłowej realizacji w oparciu o przyjętą technologię, zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części, gdyż mogłoby to prowadzić do nadmiernych trudności technicznych i organizacyjnych. (pkt. 3.8 SWZ);
3. Zgodnie z SWZ do oferty należy dołączyć: 1. Formularz oferty (załącznik nr 1 do SWZ); 2. Zbiorcze zestawienie kosztów (załącznik nr 1a do SWZ); 3. Oświadczenie (załącznik nr 2/2a do SWZ); 4. Dowód wpłaty wadium; 5. Potwierdzenie umocowania do działania w imieniu wykonawcy (pkt. 13.8 SWZ) a także inne dokumenty określone w SWZ
4. Zgodnie z SWZ rozdział 15 opis sposobu obliczenia ceny: 1. **Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz dokumentacji stanowiącej załącznik nr 4 do SWZ przy pomocy zbiorczego zestawienia kosztów (załącznik nr 1a do SWZ).** Przedmiar robót stanowi materiał wyłącznie pomocniczy. 2. **Cena oferty obliczona przez wykonawcę na podstawie przekazanych materiałów jest ceną ryczałtową obowiązującą przez cały okres realizacji zadania i musi zawierać w swej wartości wszelkie koszty zapewniające właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia.**
5. Zgodnie z SWZ w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ) wykonawca wskazuje cenę oferty brutto
6. Zgodnie z SWZ formularz ZESTAWIENIE ZBIORCZE KOSZTÓW „Budowa boiska przy ul. Edukacji w Tychach” (załącznik nr 1a do SWZ) zawiera tabelę z wyszczególnieniem 16 pozycji zawierających nazwy elementów zakresu zamówienia: 1. Roboty ziemne, rozbiórkowe, wywozy, utylizacje, profilowania terenu i skarp, wymiana gruntu, podbudowy, 2. Odwodnienie boiska, 3. Kanalizacja deszczowa, 4. Instalacja wodociągowa, 5. Instalacja zraszania

płyty boiska, 6. Instalacja podgrzewania płyty boiska wraz z węzłem, 7. Zbiorniki retencyjne, 8. Nawierzchnia boiska z trawy naturalnej, 9. Oświetlenie, nagłośnienie, monitoring, instalacje elektryczne, instalacje teleinformatyczne, 10. Ciągi komunikacyjne, stanowiska postojowe wraz z robotami towarzyszącymi, podbudowami, 11. Trybuny, wiaty stadionowe, elementy małej architektury, 12. Budynek techniczno – socjalny wraz z instalacjami i wyposażeniem, 13. Piłkochwyty, ogrodzenie, 14. Wyposażenie obiektu, 15. Tereny zielone, 16. Pielęgnacja murawy, szkolenie przyszłego administratora obiektu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. Tabela zawiera miejsce na wpisanie wartości brutto danej pozycji od 1 do 16 oraz pozycję zatytułowaną Razem z pozostawieniem miejsca na wpisanie wartości brutto.

7. Zgodnie z SWZ projekt umowy paragraf 3 ust. 2 (załącznik nr 3 do SWZ) Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie koszty zapewniające właściwe wykonanie przedmiotu umowy, tj. m.in. roboty przygotowawcze, demontażowe, wywozy i utylizację odpadów, zabezpieczenia placu budowy i zaplecza Wykonawcy, koszty robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, koszty pracy sprzętu i środków transportu technologicznego wraz z kosztami najmu i obsługi, zysk Wykonawcy, koszt wszystkich robót towarzyszących i integralnie związanych z przedmiotem zamówienia, a także obsługę geodezyjną, uporządkowanie terenu budowy po wykonaniu robót, koszty pośrednie obejmujące koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu przedsiębiorstwa wykonawczego, w tym np.: 1 koszty transportu wewnętrznego, 2 koszty ubezpieczeń majątkowych budowy, 3 koszt wykonania zabezpieczeń i oznakowań dojazdów, obejść, 4 koszty badań wymaganych normami obciążają Wykonawcę: sprzęt, narzędzia pomiarowe wymagane normami do dokonania odbiorów technicznych, Wykonawca udostępni nieodpłatnie na każde życzenie Zamawiającego, 5 koszt nadzorów specjalistycznych w czasie prowadzenia robót budowlanych, 6 ewentualny koszt sporządzenia, uzyskania, zaopiniowania i zatwierdzenia przez właściwe instytucje projektu tymczasowej organizacji ruchu, 7 wszystkie inne, które mogą wystąpić zgodnie z warunkami budowy, przepisami technicznymi i prawnymi.

8. Zgodnie z SWZ projekt umowy paragraf 6 (załącznik nr 3 do SWZ) Rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie protokołu odbioru, który stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury, przy czym Zamawiający przewiduje płatności częściowe jednak nie częściej niż raz w miesiącu Zamawiający dopuszcza wystawianie przez Wykonawcę faktur za częściowe wykonanie przedmiotu umowy, do łącznej kwoty nie przekraczającej 90% wynagrodzenia uzgodnionego w § 3 ust. 1 (faktury przejściowe). Wartość faktur przejściowych ustalona będzie w oparciu o potwierdzone przez Zamawiającego zaawansowanie robót oraz zbiorcze zestawienia kosztów. Wypłat z tytułu faktur przejściowych nie uważa się za częściowy odbiór.

9. Do SWZ załączono dokumentację projektową (projekty budowlane oraz wykonawcze) wraz z aktami administracyjnymi i oświadczeniami, STWIORB oraz szacunkowy przedmiar robót.

10. Zbiorcze zestawienie kosztów (załącznik nr 1a do SWZ) zawiera 16 pozycji prac, które w SWZ w pkt. 3.1, wymienione zostały jako 16 przykładowych kategorii robót objętych zakresem przedmiotu zamówienia. Zbiorcze zestawienie kosztów ma charakter pomocniczy a podstawą obliczenia ceny są dane z dokumentacji projektowej i STWIORB. Zbiorcze zestawienie kosztów nie stanowi kalkulacji ceny, w tym także nie jest kosztorysem ofertowym. Zakres poszczególnych pozycji zbiorczego zestawienia kosztów nie został w żaden sposób dookreślony w warunkach zamówienia, pozycje 1-16 odpowiadają pozycjom, które Zamawiający wskazał jako stanowiące jedynie część przedmiotu zamówienia (punkt 3.1 SWZ), pozycje 1-16 nie wyczerpują zakresu obowiązków wykonawcy objętych przedmiotem zamówienia i nie odpowiadają podziałowi robót z przedmiarów (co Izba ustaliła uwzględniając stanowisko i wyjaśnienia Zamawiającego oraz Przystępującego, na podstawie treści SWZ i oferty Przystępującego)

11. W Postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców na kwoty: 11.982.926,38 zł, 12.890.400,00 zł, 12.290.918,41zł, 11.437.246,00 (Odwołujący) i 11.393.298,00 zł (Przystępujący) (oferty wykonawców)

12. Przystępujący złożył ofertę z ceną ryczałtową 11.393.298,00 zł, którą wpisał w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) w pozycji „Cena oferty brutto” oraz w zbiorczym zestawieniu kosztów (załącznik nr 1a do SWZ) w pozycji „Razem”. Jednocześnie w zbiorczym zestawieniu kosztów w pozycjach 1-16 Przystępujący podał kwoty brutto, które po zsumowaniu dają kwotę niższą od ceny oferty brutto o 206.000,00 zł (11.187.298,00zł) (oferta Przystępującego – formularz cenowy i zbiorcze zestawienie kosztów);

13. Uwzględniając stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie, spójne z SWZ oraz treścią Załącznika 1a do oferty a także zgodne z doświadczeniem życiowym i logiką Izba w oparciu o załączniki 1a do ofert wykonawców ustaliła, że kwoty dla 16 elementów wymienionych w Załączniku 1a Zestawienie zbiorcze kosztów (w tym kwestionowanych odwołaniem) kształtowały się na różnych poziomach (niższych lub wyższych od poziomów Przystępującego), co wskazuje na różne poziomy kosztów oraz różne kwalifikacje zakresów prac, których koszty wykonawcy wskazali w różnych pozycjach Załącznika 1a:

Lp.	Zakres zamówienia	ANMED SP. ZO. O.	BEN-BUD Beniz Janusz	BETONOX Construction S.A.	Hybryd Sport Sp. z o. o.	Moderato Sp. z o.o.	wartość średnia	różnica procentowa pomiędzy średnią ceną i ceną ANMED SP.ZO.O.
1	Roboty ziemne, rozbiórkowe, wywozy, utylizacje, profilowania terenu i skarp, wymiana gruntu, podbudowy	2660490,00	1258535,45	Z 350 933,38	1950000,00	2167900,00		
2	Odwodnienie boiska	450360,00	224888,57	183793,98	400000,00	168700,00		
3	Kanalizacja deszczowa	380450,00	700269,28	344400,00	820000,00	800000,00	609023,86j	37,53%
4	Instalacja wodociągowa	320700,00	401099,06	46740,00	550000,00	398250,00		

5	instalacja zraszania płyty boiska	380260,00	160777,14	153750,00	300000,00	113850,00		
6	Instalacja podgrzewania płyty boiska wraz z węzłem	2050500,00	1863450,00	1611669,00	1150000,00	940950,00		
7	Zbiorniki retencyjne	650400,00	861000,00	984000,00	1450000,00	1599000,00	1108880,00	41,35%
8	Nawierzchnia boiska z trawy naturalnej	240350,00	1486931,03	1914228,09	430918,41	411030,00	896691,51	73,20%
9	Oświetlenie, nagłośnienie, monitoring, instalacje elektryczne, instalacje teleinformatyczne	2440200,00	1208893,29	1722000,00	1900000,00	1697400,00		
10	Ciągi komunikacyjne, stanowiska postojowe wraz z robotami towarzyszącymi, podbudowami	430258,00	627211,00	913318,70	850000,00	728160,00	709789,54	39,38%
11	Trybuny, wiaty stadionowe, elementy małej architektury	310230,00	508082,77	984344,40	400000,00	419430,00	524417,43	40,84%
12	Budynek techniczno - socjalny wraz z instalacjami i wyposażeniem	350400,00	1207421,75	522110,89	1050000,00	892980,00	804582,53	56,45%
13	Piłkochwyty, ogrodzenie	182400,00	770949,26	491152,68	500000,00	446490,00	478198,39	61,86%
14	Wyposażenie obiektu	120000,00	451752,01	340631,28	320000,00	467400,00	339956,66	64,70%
15	Tereny zielone	60300,00	217975,81	136677,60	150000,00	125706,00	138131,88	56,35%
16	Pielęgnacja murawy, szkolenie przyszłego administratora obiektu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu	160000,00	33689,96	190650,00	70000,00	60000,00		
		11187298,00	11982926,38	12890400,00	12290918,41	11437246,00		

14. Zamawiający ocenił ofertę Przystępującego jako spełniająca wszystkie warunki i wymagania SWZ i wybrał jako najkorzystniejszą o czym poinformował 10 kwietnia 2024 r.

15. SWZ nie zawiera uszczegółowienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, ani innych zapisów odnoszących się do zestawienia zbiorczego kosztów poza przywołanymi powyżej.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia lub gdy zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia / informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości.

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu mamy zaś do czynienia w sytuacji, gdy cena oferty obliczona została w oparciu o nieprawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia określonych SWZ, np. nie uwzględnia (lub robi to wadliwie) wymaganych SWZ w tym również przepisami uzasadnionych warunkami zamówienia elementów cenotwórczych koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i przyjęcia nieprawidłowych założeń dokonywanej kalkulacji ceny ofertowej. Jednocześnie także w tym przypadku podstawy odrzucenia oferty błąd rozpoznawany musi być przez pryzmat art. 223 ust. 2 Pzp a więc mieć charakter nieusuwalny. Błąd w obliczeniu ceny nie jest omyłką o charakterze technicznym (rachunkowym lub językowym).

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2-3 Pzp W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2.

Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Powyższa norma odczytywana może być jako nakładająca na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy treść oferty rodzi wątpliwości takiego rodzaju, których pozostawienie może zrodzić konsekwencję w postaci odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty jest zaofferowanie ceny „rażąco niskiej”.

Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaofferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że zachowanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień lub oferty było niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił ofertę jako nie zawierającą rażąco niskiego kosztu lub ceny (także istotnego elementu tychże) lub wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, co może lub miało wpływ na rozstrzygnięcie.

Izba stoi na stanowisku, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej.

Izba stwierdza, że odwołanie w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia i błędu w obliczeniu ceny opierało się na założeniu, że cena oferty obliczona miała zostać na podstawie zbiorczego zestawienia kosztów, które to zestawienie zawiera 16 pozycji z wyszczególnionymi zakresami zamówienia, dla których należało podać odrębne ceny brutto a następnie wyliczyć łączną cenę za całość zamówienia, odpowiadającą sumie 16 pozycji.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, by powyższe wymaganie wynikało z warunków zamówienia a treść oferty Przystępującego mogła stanowić podstawę jej odrzucenia. Podobnie, wobec wyjaśnień Zamawiającego, podzielanych przez Przystępującego, a znajdujących oparcie w treści SWZ, co do charakteru zbiorczego zestawienia kosztów i relacji sumy pozycji 1-16 oraz wyższej od niej ceny ofertowej Przystępującego, brak było podstaw do przyjęcia, że po stronie Zamawiającego mogła powstać wątpliwość, co do rzeczywistej treści oferty Przystępującego wynikająca z wewnętrznej sprzeczności oferty lub sprzeczności oferty z SWZ uzasadniająca wezwanie do wyjaśnień, czy tym bardziej odrzucenie oferty jako sprzecznej z SWZ lub zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Izba stwierdza, że dodatkowo dla oceny braku naruszenia przepisów Ustawy istotne było stanowisko Przystępującego zaprezentowane na rozprawie, w którym podzielił on ocenę Zamawiającego, co do zgodności swojej oferty z SWZ, w tym pomocniczości zestawienia zbiorczego kosztów i braku sprzeczności wewnętrznej treści oferty a tym samym braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wezwania do wyjaśnień czy też korekty treści oferty jako zawierającej oczywistą omyłkę rachunkową lub inny błąd.

Izba ustaliła, że Zamawiający oczekiwał ceny ryczałtowej i wskazania jej w formularzu ofertowym, co Przystępujący uczynił. Nie wymagał kosztorysu cenowego – żądał jedynie załączenia do oferty załącznika nr 1a do SWZ zawierającego zestawienie zbiorcze kosztów z podziałem na 16 ogólnych pozycji nie odnoszących się do poszczególnych elementów robót z przedmiaru. Nie zawarł także wymagania, by pozycje te wyczerpały pełen zakres

zamówienia, ani nie skonkretyzował zakresu kosztów jakie powinny być uwzględnione w danej pozycji. Nie wskazał sposobu kalkulacji ceny w SWZ, ani tego czy cena ofertowa odpowiadać ma sumie pozycji 1-16 załącznika nr 1a do SWZ. SWZ wskazuje jedynie, że cena obejmować ma całość przedmiotu zamówienia. Cena z zestawienia zbiorczego kosztów w pozycji razem odpowiada i jest ceną ofertową wskazaną w formularzu ofertowym

Izba podzieliła tutaj zbieżne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego a także fakt że prawidłowość obliczenia ceny ofertowej oraz wypełnienia załącznika nr 1a do SWZ nie budziła wątpliwości zamawiającego, co do zgodności oferty z warunkami zamówienia i brakiem podstaw do jej odrzucenia.

Powyższe w zestawieniu z założeniem Odwołującego mogłoby jedynie prowadzić do konstatacji, że postanowienia SWZ nie są jednoznaczne, co do charakteru Załącznika nr 1a i oczekiwań z nim związanych. SWZ z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość jego wymaganiom - z drugiej wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Stąd, także i tej przyczyny oferta Przystępującego nie mogłaby zostać odrzucona.

Odwołujący nie wykazał sprzeczności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia ani tego, że mamy do czynienia z błędem w określeniu ceny. Jednocześnie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego przeczą zaistnieniu omyłki oczywistej rachunkowej. Wobec braku sprzeczności wewnętrznej oferty wymagającej wyjaśnień i jednocześnie braku sprzeczności oferty z SWZ w sytuacji, gdy cena ofertowa jest wyższa od sumy 16 pozycji kosztów i potwierdzenia objęcie ceną ofertową całości przedmiotu zamówienia przez Przystępującego nie ma podstaw do uznania, że oferta jest niezgodna z SWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący nie wykazał, że mamy do czynienia z błędem w określeniu ceny a to ze względu na brak wykazania naruszenia określonych SWZ oczekiwań, co do sposobem wyliczenia ceny ofertowej przez wykonawcę. W świetle brzmienia SWZ nie stanowi naruszenia warunków zamówienia różnica pomiędzy sumą pozycji 1-16 a ceną ofertową wyższą od wyliczonej.

Odwołanie w zakresie rażąco niskiej ceny sprowadzało się do zakwestionowania paru z 16 pozycji zbiorczego zestawienia kosztów jako rażąco niskich (bo niższych od kosztów wskazanych przez innych wykonawców lub dostępnych na rynku) ze wskazaniem, że zakres prac jaki obejmują jest istotny z punktu widzenia interesu Zamawiającego, całej inwestycji i użytkowników terenu. Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących nawet na ryzyko niewykonania danego elementu za wskazaną kwotę. Nie wykazał także, jaki jest zakres robót objętych daną pozycją z Załącznika nr 1a do SWZ zakładając, że odpowiada zakresowi, jaki przyjął do własnej kalkulacji. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane elementy zbiorczego zestawienia kosztów są niskie i nie pozwalają na zrealizowanie objętego nim elementu przedmiotu zamówienia, wpływając na cenę ofertową tak dalece, że nie umożliwią zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową, co dopiero mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

Ze względu na niewykazanie rażąco niskiej ceny ani jej podejrzenia w stosunku do kwestionowanych elementów składowych oddaleniu podlegał również zarzut zaniechania żądania wyjaśnień w tym zakresie. Twierdzenia Odwołującego nie były w tym przypadku wystarczające, z przedstawione dowody dokumentowe nie byłyby także wystarczające dla wykazania zaistnienia podstawy odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę również wobec niezakwestionowania w sposób skuteczny samej ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym Przystępującego.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący.....**