Sygn. akt: KIO 580/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2024 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńc #x200ew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Zabrze
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DUERO P.K. w Zabrzu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńcu i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńcu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 580/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych polegających na termomodernizacji budynku Przedszkola nr 41 zlokalizowanego w Zabrzu przy ul. Nyskiej 21”, znak sprawy BZP.271.81.2023.MZ znak, zwane dalej „Postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 8 września 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00499709.
Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

W dniu 21 lutego 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM K.L. Spółka Jawna z siedzibą w Ogrodzieńc zwanego dalej ‘Odwołującym”
od niezgodnego z przepisami wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DUERO P.K. w Zabrzu, oraz od zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie sprawdzenia oferty wykonawcy P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DUERO P.K. w Zabrzu, dalej jako „wykonawca DUERO”, pod kątem zbadania rażąco niskiej ceny lub zbadanie jej w sposób nierzetelny i niedostateczny, pomijając ewidentnie zaniżone pozycje kosztorysowe, których wartości wykazują rażące zaniżenia w stosunku do cen rynkowych.
Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty wykonawcy DUERO, jako oferty z rażąco niską ceną,
3. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego i podpisania umowy z wybranym wykonawcą, zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wskazał, że działania Zamawiającego naruszyły jego interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny oferty wykonawcy DUERO, której cena jest rażąco niska w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.
Łączna kwota ofert Wykonawców nieodrzuconych oraz odrzuconych, lecz podlegających sumowaniu do średniej

arytmetycznej wynosi 53.674.844,98 zł brutto. Dzieląc tę sumę przez ilość firm czyli 22 otrzymujemy średnią arytmetyczną w wysokości 2.439.765,68 zł brutto.
Kwota wybranego Wykonawcy DUERO w wysokości 1.598.149, 18 zł brutto w stosunku
do średniej arytmetycznej ceny jest niższa 0 34,50 %
W związku z powyższym Odwołujący stwierdza, że Zamawiający zaniechał sprawdzenia oferty Wykonawcy DUERO P.K. pod kątem zbadania rażąco niskiej ceny lub zbadał
ją w sposób nierzetelny i niedostateczny pomijając ewidentnie zaniżone pozycje kosztorysowe, których wartości wykazują rażące zaniżenia w stosunku do cen rynkowych.
Odwołujący wywodzi powyższe, na podstawie nw. pozycji kosztorysowych:
ROBOTY BUDOWLANE
Pozycja kosztorysu ofertowego 1.5.5

Ocieplenie ścian płytami z wełny mineralnej — przyklejenie płyt do ścian grub. 16 cm lambda 0,036 W(mK)
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 77,69 zł netto/ m2
Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za zakup wełny mineralnej fasadowej do montażu w systemie technologii lekkiej — mokrej o parametrach zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie minimum 71,40 zł netto/ m2
Zaprawa klejowa do przyklejenia wełny mineralnej to koszt minimum
6,0 kg x 0,95 zł/kg = 5.70 zł netto/ m2
Robocizna wyliczona zgodnie z nakładami katalogowymi w przedmiarze oraz ze stawką
i narzutami Wykonawcy:
1,438 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 65,25 zł netto/m2
Razem cena materiałów na I m2 wynosi minimum — 77,10 zł netto, czyli praktycznie tyle ile wynosi cena jednostkowa (R+M+S) zaoferowana przez wykonawcę DUERO

Wskazując na powyższe składniki, na bazie których Wykonawca DUERO P.K. kalkulował cenę jednostkową winna ona wynosić minimum 142,35zł netto/ m2
Cena jednostkowa w wysokości 77 zł netto/m2 którą zaoferował Wykonawca nie pozwala
na wykonanie całego procesu montażu docieplenia zgodnie z założeniami projektowymi.
Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 34.862,38 zł
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 448,737 m2 x 142,35 zł/m2 = 63.877,71 zł netto
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę DUERO wynosi 29.015,33 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- ceny wełny mineralnej o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane z hurtowni budowlanych - załącznik nr I, 2, 3, 4
-ceny zapraw klejowych do wełny mineralnej o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane z hurtowni budowlanych.

Pozycja kosztorysu ofertowego 1.5.15

Systemowe daszki nad drzwiami wejściowymi do budynku — dostawa i montaż
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 450,51 zł netto/ m2 Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za dostawę zadaszenia ze szkła bezpiecznego warstwowego, hartowanego, bezbarwnego V SG (ESG 8mm/4 pvnb/ESG 8 mm) na zawiesiach stalowych o parametrach zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie 839,84 zł netto/ m2.
Kwota montażu (robocizny) wyliczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:
3,49 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z wynosi 158,36 zł netto/m2.

Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za dostawę i montaż winna wynosić minimalnie 998,20 zł/m2 netto.
Cena jednostkowa w wysokości 450,51 zł netto/m2, którą zaoferował Wykonawca DUERO nie pozwala na wykonanie dostawy i procesu montażu zadaszeń szklanych zgodnie z założeniami projektowymi. Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 11.229,89 zł
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 2,73 m2 x 998,20 zł/m2 =

2.725,09 zł netto
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 1.495,20 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- ceny daszków szklanych na zawiesiach stalowych o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane od producentów.

Pozycja kosztorysu ofertowego 1.6.1

Okna i drzwi balkonowe z PCV z obróbką obsadzenia, okna rozwierane i uchylno - rozwierane, jednodzielne, do 1 m2, osadzanie na kotwach wraz z wyposażeniem zgodnie z opisem w projekcie
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 674,89 zł netto/ m2
Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za zakup oraz dostawę okien PCV o współczynniku U=0,9 W/(m2K) w kolorze grafitowym z zaokrąglonymi ramami i szklonymi szybami dwukomorowymi o współczynniku U=0,5 0 parametrach zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie 723,58 zł netto/ m2
Kwota montażu (robocizny) "liczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:
5,76 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 261,36 zł netto/m2

Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za zakup, dostawę i montaż winna wynosić 984,94 zł netto/ m2
Cena jednostkowa w wysokości 674,89 zł netto/m2 którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na zrealizowanie całego procesu zakupu, dostawy i montażu stolarki okiennej zgodnie
z założeniami projektowymi.
Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 9.077,27 zł
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 13,45 m2 x 984,94 zł/m2 = 13.247,44 zł netto
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 4.170, 17 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- ceny stolarki okiennej o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane od producentów.

Pozycja kosztorysu ofertowego 1.6.2

Okna i drzwi balkonowe z PCV z obróbką obsadzenia, okna rozwierane i uchylno - rozwierane, dwudzielne, do 2 m2, osadzanie na kotwach wraz z wyposażeniem zgodnie
z opisem w projekcie.
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 555,93 zł netto/ m2
Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za zakup oraz dostawę okien PCV o współczynniku U=0,9 W/(m2K) w kolorze grafitowym z zaokrąglonymi ramami i szklonymi szybami dwukomorowymi
o współczynniku U=0,5 0 parametrach zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie 723,58 zł netto/ m2.
Kwota montażu (robocizny) wyliczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:
3,52 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 159,72 zł netto/m2

Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za zakup, dostawę i montaż winna wynosić 883,30 zł netto/ m2.
Cena jednostkowa w wysokości 555,93 zł netto/m2 którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na wykonanie całego procesu zakupu, dostawy i montażu stolarki okiennej zgodnie
z założeniami projektowymi. Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 6.925,22 zł
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 12,457 m2 x 883,30 zł/m2 = 11.003,27 zł netto.
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 4.078,05 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- ceny stolarki okiennej o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane od producentów.

Pozycja kosztorysu ofertowego 1.6.3.

Okna i drzwi balkonowe z PCV z obróbką obsadzenia, okna rozwierane i uchylno - rozwierane, dwudzielne, ponad 2 m2, osadzanie na kotwach wraz z wyposażeniem zgodnie z opisem w projekcie.

Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 517,78 zł netto/ m2.

Powyższa podana cena jest zaniżona.

Najniższa cena rynkowa za zakup oraz dostawę okien PCV o współczynniku U=0,9 W/(m2K) w kolorze grafitowym z zaokrąglonymi ramami i szklonymi szybami dwukomorowymi o współczynniku U=0,5 o parametrach zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie 723,58 zł netto/ m2.

Kwota montażu (robocizny) "liczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:

2,86 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 129,77 zł netto/m2.

Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za zakup, dostawę i montaż winna wynosić 853,35 zł netto/ m2.

Cena jednostkowa w wysokości 517,78 zł netto/m2 którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na wykonanie całego procesu zakupu, dostawy i montażu stolarki okiennej zgodnie
z założeniami projektowymi.

Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.

Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 33.956,01 zł

Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 65,58 m2 x 853,35 zł/m2 = 55.962,69 zł netto.

Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 22.006,68 zł netto

Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:

- ceny stolarki okiennej o parametrach zgodnych z wymaganiami w projekcie pozyskane
od producentów.

<u>Pozycja kosztorysu ofertowego 1.6.4.</u>

Wykucie z muru i wstawienie nowych drzwi płytowych - DRZWI WZMOCNIONE ZEWNĘTRZNE, METALOWE PEŁNE TERMOIZOLOWANE, KOLOR BRĄZOWY
(np. okleina drewnopodobna orzech lub dąb), Z KLAMKAMI, Z ZAMKAMI,
Z SAMOZAMYKACZEM (regulowanym z możliwością pozostawienia drzwi w pozycji „otwarte") o współczynniku U=1, W/(m2K).

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dn.07.12.2023 na pytanie nr 29 — drzwi wejściowe aluminiowe klasa antywłamaniowości RC3, współczynnik U=1,3 W/m2K.

Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 546,03 zł netto/ m2.

Powyższa podana cena jest zaniżona.

Najniższa cena rynkowa za zakup oraz dostawę drzwi aluminiowych o parametrach zgodnych z odpowiedziami Zamawiającego kształtuje się na poziomie 1.381,21 zł netto/ m2.

Kwota montażu (robocizny) wyliczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:

2,76 rg/n2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 125,24 zł netto/m2

Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa zakupu, dostawy i montażu winna wynosić 1.506,45 zł netto/ m2.

Cena jednostkowa w wysokości 546,03 zł netto/m2, którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na zrealizowanie całego procesu zakupu, dostawy i montażu stolarki drzwiowej zgodnie
z odpowiedziami Zamawiającego.

Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.

Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 4.357,32 zł

Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 7,98 m2 x 1.506,45 zł/m2 = 12.021,47 zł netto

Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 7.664, 15 zł netto

Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:

- ceny stolarki drzwiowej aluminiowej o parametrach zgodnych z odpowiedziami Zamawiającego pozyskane od producentów,
-wyciąg z odpowiedziami Zamawiającego na pytania związane ze specyfikacją stolarki aluminiowej (pytanie i odpowiedź nr 29 z dn.07.12.2023).

<u>Pozycja kosztorysu ofertowego 1.8.12</u>

Hybrydowa nasada kominowa — dostawa i montaż.

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dn.07.12.2023 na pytanie nr 2 — należy zamontować kominowe obrotowe nasady hybrydowe ze stali kwasoodpornej gr.0,6mm,
o mocy znamionowej 3,9 W, max. wydajności 197 m3/h, zakresem prędkości obrotowej
90-300 obr/min.
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 375,17 zł netto/ szt.
Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za zakup nasad hybrydowych o parametrach zgodnych
z odpowiedziami Zamawiającego kształtuje się na poziomie 818,39 zł netto/szt.
Kwota montażu (robocizny) wyliczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy DUERO:
5,7395 rg/szt x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 260,43 zł netto/szt.
Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za zakup, dostawę i montaż winna wynosić 1.078,83 zł netto/ szt.
Cena jednostkowa w wysokości 375,17 zł netto/szt którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na wykonanie całego procesu zakupu, dostawy i montażu nasad hybrydowych zgodnie
z odpowiedziami Zamawiającego. Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 6.002,72 zł.
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych winien wynieść minimum:
16 szt. x 1.078,83 zł/szt. = 17.261,28 zł netto
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 11.25 8,56 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- cena nasad hybrydowych o parametrach zgodnych z odpowiedziami Zamawiającego pozyskane od producenta
- wyciąg z odpowiedziami Zamawiającego na pytania związane ze specyfikacją nasad hybrydowych (pytanie i odpowiedź nr 2 z dn.07.12.2023).

<u>Pozycja kosztorysu ofertowego 1.10.8.</u>
Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe z wełny mineralnej, pozioma z płyt układanych
na sucho, warstwa — gr. 22 cm zgodnie z opisem w projekcie (lambda 0,037).
Cena jednostkowa (R+M+S) przedstawiona w ofercie wykonawcy 19,17 zł netto/m2
Powyższa podana cena jest zaniżona.
Najniższa cena rynkowa za dostawę wełny mineralnej gr.22cm o współczynniku U=0,037 W/(m2K) zgodnych z założeniami projektowymi kształtuje się na poziomie 35,51 zł netto/ m2.
Kwota montażu (robocizny) wyliczona zgodnie ze stawką i narzutami wykonawcy:
0,0907 rg/m2 x 25,00 zł + 65%Kp + 10%Z = 4,12 zł netto/m2
Wskazując na powyższe składniki, minimalna cena jednostkowa za dostawę i montaż winna wynosić 39,63 zł netto/ m2.
Cena jednostkowa w wysokości 19,17 zł netto/m2 którą zaoferował Wykonawca nie pozwala na wykonanie dostawy i procesu montażu docieplenia z wełny mineralnej zgodnie
z założeniami projektowymi. Wykonawca w rażący sposób zaniżył cenę jednostkową pozycji.
Kalkulując cenę wartości pozycji koszt wyszacowany przez Wykonawcę to kwota netto
w wysokości 9.926,23 zł
Koszt ustalony na bazie wyliczeń rynkowych wskazanych powyżej winien wynieść minimum: 5 17,80 m2 x : 39,63 zł/m2 = 20.520,41 zł netto
Wartość zaniżenia pozycji przez Wykonawcę wynosi 10.594,18 zł netto
Dowody na potwierdzenie zaniżenia ceny pozycji kosztorysu to:
- ceny wełny mineralnej do izolacji stropu o parametrach zgodnych z wymaganiami
w projekcie pozyskane z hurtowni budowlanych.

Łącznie wskazane w/w zaniżenia wynoszą minimum — 90.282,32 netto.
W dniu 26 lutego 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DUERO P.K. w Zabrzu zwany dalej „Przystępującym” wnosząc
o oddalenie odwołania.
W dniu 6 marca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.
Pismem z dnia 6 marca 2024 roku Przystępujący przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutów podniesionych w odwołaniu wraz z dowodami istotnymi dla rozstrzygnięcia odwołania.
Pismem z dnia 7 marca 2024 roku Odwołujący odniósł się do pisemnych stanowisk wyrażonych przez Zamawiającego i

Przystępującego, podnosząc dodatkowe zarzuty i dowody na ich poparcie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego , na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 16 lutego 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia
oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego
i dopuściła wykonawcę: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy DUERO P.K. w Zabrzu w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego w piśmie procesowym z 7 marca 2024 roku dotyczące niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę przy rozpoznawaniu przedmiotowego odwołania, bowiem nie zostały podniesione
w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W tych okolicznościach, Izba zobowiązana była
do pominięcia całości argumentacji oraz dowodów przywołanych w piśmie, na okoliczność niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu, to podkreślenia również wymaga, iż Odwołujący pomimo postawienia zarzutu zaniechania sprawdzenia oferty Przystępującego pod kątem zbadania rażąco niskiej ceny lub zbadania jej w sposób nierzetelny
i niedostateczny, pomijając ewidentnie zaniżone, konkretnie przywołane pozycje kosztorysowe, nie zakwestionował wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego oraz załączonych do nich dowodów. Odwołujący odniósł się jedynie
do wybranych przez siebie, wskazanych w odwołaniu ośmiu pozycji kosztorysowych, wskazując że ich kalkulacja jest zaniżona w stosunku do minimalnych cen obowiązujących
na rynku. Dodać należy, że wycena kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych, nie była elementem wyartykułowanym w wezwaniu Zamawiającego
do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do którego Przystępujący miał się odnieść ani też
nie znalazła się wyjaśnieniach udzielonych przez Przystępującego.

Wymaga zatem podkreślenia, że w obliczu tak postawionych zarzutów, biorąc pod uwagę treść art. 555 ustawy Pzp, Izba również nie była uprawniona do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego oraz załączonych do niej dowodów.

Przechodząc do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego sprawdzenia oferty Przystępującego pod kątem zbadania rażąco niskiej ceny należy uznać go za niezasadny.

Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, wskazuje w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie zapoznał
się z czynnościami Zamawiającego w postępowaniu i całkowicie pominął okoliczność,
że Zamawiający wystąpił do Przystępującego w dniu 31 stycznia 2024 roku na podstawie

art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z wezwaniem w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Powyższe wezwanie nastąpiło z uwagi na okoliczność, że cena przedstawiona w ofercie Przystępującego była o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wezwanie skierowane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny dotyczyło ceny ogólnej, zaproponowanej przez Przystępującego w Formularzu oferty i miało charakter ogólnego wezwania, bez odnoszenia się do konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego.
Analiza dokumentacji postępowania, wykazała, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył wyjaśnienia ceny wraz z dowodami, które Zamawiający uznał za wystarczające.
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał: „Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył szczegółowe wyjaśnienia oraz dowody, przedstawiające sposób kalkulacji ceny oraz inne uwarunkowania będące potwierdzeniem, że zaoferowana cena nie zawiera elementów świadczących, aby cena oferty była rażąco niska. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, iż złożona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ (dokumentacja projektowa oraz projekt umowy), a zaoferowana cena obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty związane z jej wykonaniem. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wymienił czynniki, które wpłynęły na obniżenie ceny tj. wieloletnie doświadczenie na rynku, posiadanie rabatów u dostawców materiałów i usług budowlanych, odległość firmy od adresu inwestycji (ok. 800 metrów), własny nakład sprzętowy, dzięki któremu nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z wynajmem czy podwykonawstwem. Oznacza to, że Przystępujący nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z dojazdem sprzętu, dowozem pracowników na plac budowy, kosztów magazynowych oraz kosztów zarządu. Zadeklarował on również, iż pracownicy są mieszkańcami Zabrza, stąd nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z zakwaterowaniem, wyżywieniem czy jakichkolwiek innych kosztów związanych z delegowaniem pracowników. Niniejsze czynniki, w ocenie Przystępującego pozwalają na szacunkowe obniżenie kosztów pracy nawet o kilkadziesiąt procent. Stwierdził również, iż jego oferta jest niższa od wyliczeń zawartych w kosztorysie inwestorskim oraz środków, jakimi dysponuje na dane zadanie Zamawiający o niespełna 16%. Atrakcyjny poziom cen wynika z faktu, że firma nie musi ponosić kosztów delegacji lub opierać się na podwykonawcach. Przystępujący założył zysk na poziomie 10%, co w jego ocenie, nie odbiega znacząco od średniego poziomu dla firm budowlanych z województwa śląskiego. Podkreślił, iż niezwykła bliskość siedziby wykonawcy, doświadczenie na rynku, utrzymywanie własnych pracowników budowlanych oraz operatorów sprzętu budowlanego pomniejsza zdecydowanie koszty pracy w stosunku do firm, których działalność oparta jest głównie na pracy podwykonawców oraz najmie sprzętu budowlanego. Są to jedne z kluczowych czynników, które wpływają na atrakcyjny poziom cen. Przystępujący na poparcie swoich argumentów przedłożył Zamawiającemu dowody w postaci wykazu środków trwałych, zanonimizowanych umów o pracę, referencji czy zrzutu, który obrazuje odległość od jego siedziby do budynku przedszkola. Poza tym istotnym elementem każdej roboty budowlanej jest robocizna, a tu Przystępujący na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny udowodnił, iż w tym zakresie realizuje wszystkie ustawowe obowiązki dot.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający, po wnikliwej analizie wyjaśnień Przystępującego uznał jego argumenty oraz dowody za trafne i wystarczające. Tym samym Zamawiający stwierdził, iż cena nie nosi znamion rażąco niskiej.
Tym bardziej, że biorąc pod uwagę szacowanie wartości zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek od towarów i usług, które wynosi 1 918 342,60 zł brutto w stosunku do ceny Przystępującego, która wynosi 1 598 105,29 zł to zaledwie 16% różnicy. Co więcej, Odwołujący wykazał w odwołaniu, iż łączne zaniżenia Przystępującego do wartości ogółem jego ceny wynoszą minimum 90 282,32 zł netto. Trzeba jednak podkreślić, iż nawet jeżeli Przystępujący zastosowałby takie ceny, jakie wywiódł Odwołujący w odwołaniu, to cena ogólna Przystępującego byłaby i tak ceną najkorzystniejszą, natomiast cena Odwołującego byłaby wciąż ceną wyższą przy zastosowaniu kryterium 100% cena.
Z żadnego przepisu ustawy nie można wywieść, jak bardzo szczegółowe mają być uzasadnienia wykonawcy. Ważne,

aby wyjaśnienia były zgodne z wezwaniem, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu".
Izba ponownie podkreśla, iż wobec braku zarzutu dotyczącego treści złożonych wyjaśnień ceny, nie dokonała ich oceny pod względem merytorycznym, lecz odniosła się
do okoliczności, czy Zamawiający wypełnił ciążący na nim obowiązek lub zaniechał wypełnienia tego obowiązku, w okolicznościach o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (zgodnie z zarzutem odwołania).
Wobec powyższego, w sytuacji w której z akt sprawy wynika, że Zamawiający wypełnił ciążący na nim wymóg wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny całkowitej oferty, w przypadku gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1
i 10 ustawy Pzp, zarzut zaniechania przez Zamawiającego sprawdzenia oferty Przystępującego pod kątem zbadania rażąco niskiej ceny musiał zostać oddalony.
Odnosząc się do zarzutu zbadania ceny zaoferowanej przez Przystępującego
w sposób nierzetelny i niedostateczny pomijając ewidentnie zaniżone pozycje kosztorysowe, których wartości wykazują rażące zaniżenie w stosunku do cen rynkowych, zarzut również
nie mógł zostać uwzględniony.
W rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów
nie zawierało wszystkich koniecznych elementów.
Przede wszystkim Izba podkreśla, że brak wskazania podstawy prawnej zarzutu,
tj. przypisania czynnościom Zamawiającego naruszenia konkretnego przepisu prawnego stanowi trudność w ocenie, czy zarzut Odwołującego odnosi się do ceny ogólnej oferty jako rażąco niskiej, czy też Odwołujący kwestionuje części składowe ceny jako rażąco niskie.
Wskazać należy, iż odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, powinno konkretyzować zarzuty nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.
W ocenie Izby, biorąc pod uwagę konstrukcję zarzutu i odniesienie się wyłącznie
do 8 pozycji kosztorysowych z 420 pozycji kosztorysu (co stanowi zaledwie 2% kosztorysu
i niespełna 7% wartości ogólnej wyceny Przystępującego) za właściwe wydaje
się przyjęcie, że Odwołujący kwestionuje części składowe ceny. Za takim rozumieniem przemawia również fakt, że sam Odwołujący nie wie (co wynika z treści pierwszego zarzutu)
czy Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny
i czy otrzymał wyjaśnienia wraz z dowodami. Bowiem gdyby miał w tym zakresie wiedzę i znał treść wezwania i złożonych wyjaśnień ceny, mógłby podnosić zarzuty wobec konkretnej treści wyjaśnień, a nie wobec pozycji kosztorysowych, co do wyjaśnienia których, Zamawiający
nie wzywał.
Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
Z powołanego powyżej przepisu wynika przede wszystkim, że badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny może podlegać nie tylko cena oferty, ale również jej istotna część składowa
(nie jest to zatem dowolna jej część). Ustawodawca nie zdecydował się doprecyzować
co należy rozumieć pod sformułowaniem istotnej części składowej, natomiast przyjmuje
się, że są to elementy zamówienia istotne pod względem cenotwórczym lub pod względem merytorycznym tj. w aspekcie prawidłowego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, Izba podkreśla, że aby zaistniała przesłanka wskazana w ww. przepisie wobec istotnych części składowych ceny
lub kosztu, muszą zostać spełnione łącznie warunki dotyczące istotności kwestionowanych części składowych oraz, że ich ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi
z odrębnych przepisów.

W odniesieniu do istotnych część składowych ceny lub kosztu, Izba przywołuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17, zgodnie z którym „pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy".

Z doktryny oraz w orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu są te części składowe, które ze względu na ich wartość a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ
na wykonanie zamówienia.
Odwołujący w zakresie cen istotnych części składowych winien zatem wykazać,
że kwestionowane części składowe oferty spełniają wymóg istotności oraz że ich cena winna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska lub wzbudzać wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub właściwymi przepisami.
Analiza dokumentacji postępowania nie potwierdziła zasadności zarzutu.
Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wykazał, ani nawet nie podjął próby wykazania, że kwestionowane pozycje kosztorysowe stanowią istotne części składowe ceny. Odnosi się to zarówno do wartości tych pozycji jak i do ich zakresu i rozmiaru, stanowiącego znaczny udział w wykonaniu zamówienia. Odwołujący odniósł się jedynie do ceny ośmiu pozycji, wskazując że ich cena jest zaniżona w stosunku do cen rynkowych, jednakże bez wykazania istotności tych cen dla przedmiotu zamówienia.
Analizując treść oferty Przystępującego przez pryzmat jej wartości w stosunku do wartości kwestionowanych pozycji, Izba wskazuje za Zamawiającym, że wynosi ona niecałe 7% wartości ogólnej wyceny oferty. Trudno zatem uznać, że pozycje te stanowią istotną część składową oferty. Zwłaszcza, że Odwołujący nawet nie próbował wykazać tej istotności. Dodać należy, że okoliczność że Odwołujący zaoferował co do zasady ceny wyższe, nie oznacza, że inny wykonawca nie może uzyskać cen niższych. Cena zaoferowana przez każdego wykonawcę jest zawsze wynikiem jego indywidualnej strategii biznesowej i pozycji na rynku. Ponadto Przystępujący potwierdził realność zaoferowanych cen, poprzez złożone do pisma procesowego dowody w postaci w postaci faktur i ofert.
Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, co do zaoferowania przez Przystępującego w kwestionowanych pozycjach cen zaniżonych w stosunku do cen rynkowych, Izba nie uznała tej argumentacji za zasadną.
Izba wskazuje, że:

1)w zakresie pozycji 1.5.5. (ocieplenie ścian płytami z wełny mineralnej) argument, że cena wskazana przez Odwołującego jako cena minimalna i jednocześnie rynkowa nie jest oparty na prawdzie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 6, 11, 20, 21 i 22 również zaproponowali ceny niższe niż wskazane przez Odwołującego jako minimalne. Zaprzecza to stanowisku Odwołującego, że ceny wskazane przez niego są cenami minimalnymi;

2)W zakresie pozycji nr 1.5.15. (systemowe daszki nad drzwiami wejściowymi) cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną najniższą. Wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 2, 5 i 20 zaproponowali cenę za wykonanie systemowych daszków nad drzwiami wejściowymi nawet o 1/3 niższą niż cena zaproponowana przez Przystępującego. Zaprzecza to stanowisku, że cena Przystępującego jest zaniżona i nierynkowa;

3)w zakresie pozycji nr 1.6.3. (okna i drzwi balkonowe z PCV) cena zaoferowana przez wykonawcę, który złożył ofertę nr 1, jest niższa niż określona przez Odwołującego jako minimalna. Zaprzecza to stanowisku o minimalnej cenie wskazanej przez Odwołującego;

4)W zakresie pozycji nr 1.6.1, 1.6.2., 1.6.3., 1.6.4. (okna drzwi balkonowe oraz wykucie
z muru i wstawienie nowych drzwi płytowych), jak słusznie podniósł Zamawiający
w odpowiedzi na odwołanie: „ warty podkreślenia jest fakt, iż wstawienie nowych drzwi
i okien wiąże się z innymi czynnościami, takimi jak chociażby zamontowanie nawiewników czy parapetów, zatem wycena samych okien i drzwi jest nieadekwatna do wskazanych przez Odwołującego twierdzeń. Na całość tej roboty składają się inne pozycje, których Odwołujący nie wymienia. Dlatego wskazanie wybiórczo ww. pozycji jest nieprecyzyjne, ponieważ nie ujmuje całości ponoszonych kosztów w danym zakresie";

5)W zakresie pozycji nr 1.8.12. (hybrydowa nasada kominowa) sam Odwołujący wycenił
tę pozycję poniżej ceny wskazanej przez Przystępującego, oraz ceny, którą wykazywał jako najniższą ceną rynkową.

W powyższych okolicznościach, Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego,
że wskazane przez niego ceny jako rynkowe i minimalne, faktycznie takimi cenami są, a także że poniżej tych cen nie można wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Kluczowym dowodem podważającym argumentację Odwołującego, a tym samym czyniącym ją niewiarygodną, była cena w pozycji nr 1.8.12. (hybrydowa nasada kominowa), gdzie Odwołujący wykazywał jako minimalną cenę rynkową, ceną na poziomie 818,39 zł netto/szt., a sam w tej pozycji zaoferował kwotę 358,88 zł netto/szt., tj. nawet poniżej ceny zaoferowanej przez Przystępującego (375,17 zł netto.sz.).
Przywołane okoliczności, nie dawały Zamawiającemu podstaw, aby uznać ceny
w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach jako rażąco niskie w stosunku
do przedmiotu zamówienia lub jako budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia
lub wynikających z odrębnych przepisów.
Po pierwsze, ceny zaoferowane przez innych wykonawców potwierdziły możliwość
ich wyceny na poziomie niższym niż wskazany przez Odwołującego poziom minimalny.
Po drugie, sam Odwołujący w poz. 1.8.12. Zaoferował cenę poniżej wartości określonej jako minimalna oraz poniżej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.
Po trzecie, jak wskazał Przystępujący podczas rozprawy, obecnie realizuje
u Zamawiającego zbliżoną usługę po cenach podobnych, co mogło utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że usługi po takich cenach, są cenami realnymi.
Pamiętać bowiem należy, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana
od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana
z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.
Reasumując, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy (w zakresie wyznaczonym zarzutami podniesionymi w odwołaniu), nie zaistniały przesłanki do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską.
Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..