

WYROK

Warszawa, dnia 29 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2024 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **Infradrog sp. z o.o., ul. ks. kanonika Jana Ksyckiego 6B, 64-800 Chodzież,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Infradrog sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego, i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania poniesionych przez odwołującego.

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 493/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa ul. Czarnoleskiej i ul. Spółdzielczej w miejscowości Kruszewnia (gmina Swarzędz)”, numer referencyjny: WRPZP.271- 34/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09.11.2023 r., nr 2023/BZP 00485047.

W dniu 14.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Infradrog jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji w której wykonawca ten nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp w zw. z §1 – 4 Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., poprzez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Infradrog jako najkorzystniejszej, w sytuacji w której z wyjaśnień Infradrog wynikało, iż przyjął on koszty wynagrodzenia personelu poniżej stawek wskazanych w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Odwołujący będzie pokazywał wątpliwości dotyczące konkretnych fragmentów wyjaśnień (...) ujętych jako „Zagadnienia”.

Zagadnienie 1

Fragment:

Wracając zasadniczo do realizacji robót i przyjętej metody kalkulacji należy zauważyć, że przedsiębiorstwo wraz z specjalistyczną firmą opracowało narzędzia analityczno-budżetowe (zwane paper eng), umożliwiające uzyskanie korzystnej ceny, bez ryzyka poniesienia straty. Istotnymi czynnikami tego narzędzia są: stworzenie katalogu dokumentów oraz ich analiza, udział inżynierów w procesie tworzenia kalkulacji oraz szczegółowej analizy dokumentacji, wizje lokalne, badania stanu istniejącego, stworzenie katalogu ryzyk i w końcu wstępna organizacja i planowanie budowy. W danym przypadku dzięki tej analizie udało się: wypracować optymalny plan działania na budowie, opracować plan działania „just in time” (opisanego poniżej), przeanalizować szczegółowo dokumentację i przedmiar pomocniczy, co w rezultacie wpłynęło na możliwość obniżenia ceny.

Sprawną organizacją oraz prowadzenie polityki zarządzania ryzykiem na projektach — zarówno na etapie oferowania, jak i

realizacji — pozwoliło na tym projekcie zidentyfikować potencjalnie występujące ryzyka i je wyeliminować lub ograniczyć przy pomocy innych metod, niż wzrost ceny dla tego projektu. Wykonawca nie jest przedsiębiorstwem rozbudowanym organizacyjnie, nie posiada struktur korporacyjnych (brak rozbudowanych komórek organizacyjnych, stanowisk pracy z ogólną organizacją i obsługą produkcji, wielozadaniowość stanowisk) i w związku z tym może zaproponować ofertę uwzględniającą minimalne koszty zarządu (2,5%).

Wobec powyższego należałoby wymagać, aby Infradrog wskazać jakie ryzyka zostały przez niego zidentyfikowane i w jaki sposób udało się im zapobiec lub je zniwelować. Należałoby także wymagać wykazania jaka konkretna kwota oszczędności wyniknęła z „niwelacji ryzyk” i gdzie została ujęta. Pomimo zapewnień w treści wyjaśnień, nie widzimy nigdzie kwot czy też wyliczeń, które można odnieść do treści oferty. Kolejno wobec wskazania kosztów zarządu, należałoby oczekiwać wskazania kwotowej podstawy, od której liczony jest wskazany procent (2,5%), a kolejno liczyć na wskazanie finalnej – łącznej, wartości nominalnej dla tej pozycji, która to byłaby możliwa do zsumowania z pozostałymi składowymi ceny ofertowej. Infradrog jednak zupełnie pominął tę kwestię, ograniczając się jedynie do zapewnienia, iż koszty te zostały uwzględnione.

Zagadnienie 2

Fragment:

Innym ważnym aspektem, dzięki którym zaproponowana oferta jest konkurencyjna cenowo jest gospodarka materiałowa. Przedsiębiorstwo nie prowadzi magazynów materiałowych, lecz stosuje metody znane z gospodarki amerykańskiej oraz japońskiej, a zwanej z angielskiego „just in time”, co oznacza, że towaruje się na bieżąco. Dodatkowe koszty magazynowania materiałów budowlanych wynikają z konieczności posiadania placów składowych, ich utrzymania, opłat etc. W przypadku Wykonawcy koszt ten nie występuje.

Mając to na względzie od wykonawcy należałoby się domagać wskazania konkretnych oszczędności jakie ten zamierza poczynić w wyniku odstąpienia od konieczności magazynowania materiałów budowlanych i organizacji placów składowych, zwłaszcza w sytuacji, w której duży zakres prac zamierza wykonać z wykorzystaniem podwykonawców.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę ilości materiału wynikające z Dowodu nr 7 (15 palet kostki) należałoby powątpiewać, iż Infradrog faktycznie zamawia wolumen niepodlegający składowaniu czy też magazynowaniu.

Zagadnienie 3

Fragment:

W przypadku zamówień obejmujących roboty liniowe, filozofia budowy ceny opiera się głównie na założeniach dotyczących wydajności pracy poszczególnych brygad roboczych, która bezpośrednio przekłada się na koszty sprzętu. Przyjmowane przez naszą firmę stawki roboczogodzin do kalkulacji cen zawsze są wyższe od minimalnego ustawowego wynagrodzenia za pracę.

W kalkulacji robót nie stosowano katalogu nakładów rzeczowych, ale własne narzędzie budżetowe. Narzędzie to pozwala na generowanie ceny na podstawie podanych składników, w tym kosztów pracy sprzętu, ludzi, transportu oraz przyjmowanie wydajności na podstawie własnych doświadczeń z poprzednich realizacji. Przyjęty koszt pracy ludzi wynosi 30 zł brutto i jest znacznie wyższy od najniższego kosztu według prawa pracy. Ponadto wszystkie pozostałe koszty, w tym środowiskowe oraz dojazdowe wzięte są pod uwagę w wycenie Wykonawcy, a koszty administracyjne zawarte są w kosztach pośrednich. Wykonawca przedkłada dane wyjściowe do kalkulacji oraz zestawienie robocizny realizowanych przez siebie robót drogowych (jako dowód nr 1). Wydajność (ilości roboczogodzin) powstały na podstawie analizy paper eng.

W tym miejscu należy w pierwszej kolejności zapytać o wydajności jakie Infradrog przyjął do swojej kalkulacji. Tłumaczący cenę, wielokrotnie odwołuje się do tego pojęcia nie pokazując jednak żadnych konkretnych liczb, które mogłyby podlegać weryfikacji.

Nie można zgodzić się ze stawianiem znaku równości pomiędzy roboczogodzinami, a wydajnością, albowiem liczba roboczogodzin zostanie wyliczona w oparciu o przyjęte wydajności. Jeżeli założymy dla wyceny wyższe wydajności, to siłą rzeczy będziemy potrzebować mniej „jednostek pracy” do wykonania analogicznego zakresu.

Dalej, Infradrog, w przytoczonym fragmencie stwierdza, że:

„[...] wszystkie pozostałe koszty, w tym środowiskowe oraz dojazdowe wzięte są pod uwagę w wycenie Wykonawcy, a koszty administracyjne są w kosztach pośrednich [...]”.

Zacytowany fragment skłania, aby zapytać jakie wartości zostały przyjęte dla kosztów środowiskowych oraz dojazdowych i gdzie konkretnie te kwoty zostały ujęte, albowiem na obecną chwilę, oceniający wyjaśnienia musi polegać wyłącznie na treści oświadczenia wykonawcy.

Podobna sytuacja zachodzi, w przypadku przytoczonych kosztów administracyjnych, które miały zostać ujęte w kosztach pośrednich, jednak nieznana jest nam wartość zarówno założonych kosztów pośrednich łącznie, jak i przewidywanych kosztów administracyjnych, wobec czego nie mamy możliwości weryfikacji takich wyliczeń.

Przechodząc do kwestii wynagrodzenia za pracę, stanowiącego podstawę podniesionego zarzutu nr 2, Odwołujący

wskazuje, że przyjęte założenia Infradrog są oczywiście błędne, a stawka 30 zł/h jest kwotą niewystarczającą dla pokrycia kosztu godziny pracy pracownika zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Po pierwsze, w tym zakresie należy podnieść, że wynagrodzenie pracownika brutto nie stanowi wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika. Dla ułatwienia Odwołujący odniesie się wyłącznie do kosztów wynikających wprost z przepisów prawa z pominięciem chociażby problematyki odzieży roboczej czy środków ochrony osobistej. Mając na względzie, że inwestycja ma zostać zrealizowana w roku 2024, do kalkulacji należy przyjąć stawki wynagrodzenia minimalnego obowiązujące właśnie w roku 2024. Zgodnie z opublikowanym Rozporządzeniem regulującym tę kwestię, wynagrodzenie minimalne przy zatrudnieniu w oparciu o umowę o pracę wraz z kosztami pracodawcy wynosi 5.110,76 zł -. Dzielać tę kwotę przez 167 h (średnia liczba godzin roboczych w miesiącu w roku 2024) otrzymujemy wynik 30,60 zł, czyli kwotę przewyższającą założenia Infradrog.

Natomiast wychodząc od minimalnej stawki godzinowej przewidzianej Rozporządzeniem, otrzymujemy wynik jeszcze mniej korzystny dla oferty wybranej przez Zamawiającego. Zgodnie z Rozporządzeniem, minimalna stawka godzinowa w 2024 r. wyniesie 27,70 zł, wobec czego przeprowadzamy poniższe wyliczenia.

$27,70 \text{ zł} \times 167 \text{ h} = 4.625,90 \text{ zł}$ brutto (stawka godzinowa pomnożona przez średnią liczbę godzin w miesiącu)

Następnie naliczamy ogół nakładów pracodawcy:

$4.625,90 \text{ zł} \times 20,48\% = 947,38 \text{ zł}$

$4.625,90 \text{ zł} + 947,38 = 5.573,28 \text{ zł}$

Otrzymaną kwotę sprowadzamy ponownie do stawki godzinowej:

$5.573,28 \text{ zł} / 167 \text{ h} = 33,37 \text{ zł}$

Jak widzimy, przyjęte przez Infradrog stawki wynagrodzenia są niezgodne z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia, czyniąc tym samym wyjaśnienia nierzetelnymi i niemożliwymi się ostać.

Zupełnie na marginesie, należy dodać, że Rozporządzenie przewiduje w tym roku dwukrotne

podniesienie minimalnego wynagrodzenia (kolejne wejdzie w życie w lipcu), co przy uwzględnieniu terminu przewidzianego na realizację niniejszego zadania, oznacza tylko pogłębienie się niedoszacowania oferty Infradrog.

Powyższe wyliczenia, które zakładały bardzo oszczędne podejście do kosztów zatrudnienia pracownika, jednoznacznie potwierdzają naruszenie przez Infradrog przepisów o minimalnym wynagrodzeniu.

Zagadnienie 4

Fragment:

Ponadto Wykonawca otrzymał ofertę na branżę sanitarną (Rokan RK sp. z o.o.), elektryczną i telekomunikacyjną (SEM) i przyjął ją do kalkulacji zadania. Oferty zakładają koszty materiałowe, dojazdu oraz specjalistyczny nadzór (dowód nr 2).

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż wskazane oświadczenie jest niezgodne z treścią oferty złożonej przez Infradrog, który nie przewidział podwykonawstwa w zakresie branży sanitarnej. Należy, wobec tego dojść do wniosku, że przedmiotowa oferta przedsiębiorcy Rokan, stanowiła poniekąd działanie następne wywołane wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia ceny ofertowej, aniżeli faktyczne przygotowanie do przeprowadzenia realizacji. Jeżeli było inaczej, to niezrozumiałe wydaje się niewpisywanie tego zakresu do treści formularza ofertowego. Dla potwierdzenia naszego stanowiska, poniżej odpowiedni fragment oferty: (...)

Co jest jednak najważniejsze w niniejszej sytuacji i zdaje się stanowić najpoważniejszy „grzech” wyjaśnień Infradrog, to fakt, że wykonawca wyszedł z założenia, że przedłożenie oferty podwykonawcy zwalnia go z konieczności szczegółowego wyjaśniania ceny ofertowej. Wykonawca działa w przekonaniu, że oferta podmiotu zewnętrznego stanowi wręcz konwalidację przyjętych przez niego założeń. (...)

Zagadnienie 5

Fragment:

Tylko na marginesie należy dodać, że wymieniony podwykonawca (Rokan RK) współpracuje z Infradrog przez wiele lat i wykonuje swoje zadanie należycie, co potwierdzają uzyskane referencje (dowód nr 3) oraz, że stosuje się do przepisów prawa pracy oraz przestrzega przepisów w zakresie ochrony środowiska (oświadczenie jako dowód nr 4). Co więcej firma Rokan RK (dawniej Rokan Chodzież sp. z o.o. sp.k.) zatrudnia wszystkich pracowników na umowę o pracę, a kontrola przeprowadzona przez Państwową Inspekcję Pracy nie wykazała żadnych nieprawidłowości (dowód nr 5).

Wskazany fragment w żaden sposób nie przybliża do zrozumienia kalkulacji cenowej wykonawcy. Zawiera stwierdzenia, które nie referują do zasad kalkulacji, a zawierają wyłącznie opinię o kontrahencie wykonawcy.

W ocenie Odwołującego wzorowe wykonanie poprzednich realizacji i przestrzeganie zasad prawa pracy nie oznacza jednocześnie możliwości zoptymalizowania ceny czy przedstawienia korzystnej oferty, wobec czego ten fragment wyjaśnień należy uznać za nieprzydatny.

Zagadnienie 6

Fragment:

Przy analizie zagadnienia warto podkreślić, że Infradrog do niedawna wykonywał roboty budowlane o podobnym

charakterze w Gminie Swarzędz (przebudowa ulicy Katarzyńskiej w Gruszczyne) i w związku z powyższym posiada stosowne know-how, co pozytywnie wpływa na proces produkcji, metody budowy oraz ułatwia analizę paper eng.

Ponadto Infradrog podaje metodologię obliczania najistotniejszych pozycji:

Nawierzchnia z mieszanki mineralno-asfaltowych gr. 4 cm — warstwa ścieralna na ciągu głównym:

Przyjęto razem 187,374 roboczogodziny (pracownicy fizyczni),

Przyjęto 34,769 motogodzin układarki bitumicznej oraz walców ciężkiego i lekkiego (razem 2 szt.),

Przyjęto 457,73 Mg mieszanki mineralno-bitumicznej,

Stawki roboczogodziny według dowodu nr 1 to 30 zł,

Stawka kosztów zakupu, kosztów pośrednich oraz zysku to odpowiednio 5%, 75% oraz 10%.

Koszty pośrednie zakładają poza zwyczajowymi elementami również określone ryzyko cenowe.

Ceny wewnętrzne sprzętu wyliczone na podstawie wydajności, kosztów eksploatacji, kosztów zakupu oraz kosztów napraw wraz z operatorami to: układarka 350 zł/mtg, walec ciężki 125 zł/mtg, walec średni 100 zł/mtg,

Cena mieszanki mineralno-bitumicznej to: 352 zł/Mg, przyjęto ciężar mieszanki 2,548 (dowód nr 6) Cena transportu mieszanki to: 26 zł/mg

Na podstawie powyższego przy uwzględnieniu stawek, narzutów i zysku cena za 1m² wynosi 65,07 zł/m², co stanowi dla tego elementu kluczowego wartość: 298 606,23 zł/m² netto

Nawierzchnie pozostałe wyliczone są analogicznie, z uwzględnieniem wydajności powstałej z paper eng oraz przy zastosowaniu cen, m.in. z pozycji 1 i 2 (dowód nr 6) dla warstw podbudowy i wiążącej. Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej gr. 8 cm szara — 4 410 m²

Przyjęto razem 4 747,112 roboczogodzin (układanie kostki, przygotowanie podsypki, zamulenie), Cena kostki brukowej wraz z transportem to 39 zł/m² (dowód nr 7), cena podsypki to 118 zł/m³ (dowód nr 8). PS. Faktura jest tożsama z aktualną ofertą.

Sprzęt drobny (piła, zagęszczarka, wibrator) — przyjęto koszt 4 810 zł komplet (stanowi wyposażenie brygady roboczej),

Stawki roboczogodziny według dowodu nr 1 to 30 zł,

Stawka kosztów zakupu, kosztów pośrednich oraz zysku to odpowiednio 5%, 75% oraz 10%.

Koszty pośrednie zakładają poza zwyczajowymi elementami również określone ryzyko cenowe.

Na podstawie powyższego przy uwzględnieniu stawek, narzutów i zysku cena za 1m² wynosi 119,44 zł/m², co stanowi dla tego elementu kluczowego wartość: 526 730,40 zł/m² netto

Nawierzchnie pozostałe z kostki wyliczone są analogicznie, z uwzględnieniem wydajności powstałej z paper eng.

W zakresie niniejszego fragmentu należy w pierwszej kolejności zastanowić się, dlaczego Infradrog dokonał wyboru akurat tych dwóch pozycji celem ich bardziej szczegółowego rozpisania. Odwołujący zwraca uwagę, że mając na względzie wartość robót bitumicznych dla warstwy ścieralnej, to z łatwością w branży drogowej możemy znaleźć inną pozycję o zbliżonej wartości, dlatego też Odwołujący nie może zrozumieć procesu selekcji akurat dwóch „reprezentantów” kosztorysu zawierającego aż 75 pozycji (dla branży drogowej).

Co warto podkreślić, Infradrog pokazał, że miał możliwość i wiedzę dla poprawnego rozpisania wszystkich pozycji przedmiarowych, jednak z niewiadomych powodów ograniczył się tylko do przytoczonych dwóch. Taka redakcja wyjaśnień wyłącznie potwierdza tezę Odwołującego o lakoniczności i wybiórczości wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 pzp.

Kolejno pragniemy zauważyć, iż Infradrog ponownie przyjął niewłaściwą stawkę za roboczogodzinę. Infradrog powołuje się na bliżej niesprecyzowane wydajności, których nie podano wprost w wyjaśnieniach. Ponadto najprawdopodobniej dokonał błędnego obliczenia ilości mieszanki bitumicznych myląc się o około 10 Mg, jednak Odwołujący nie chce rozwijać tego wątku ze względu na zbyt wiele niewiadomych w założeniach Infradrog.

W wyjaśnieniach wskazano stawkę za motogodzinę transportu mieszanki bitumicznej (26 zł), jednocześnie nie podając na jakie odległości mieszanka będzie transportowana i jakie będzie faktyczne zaangażowanie czasowe środków transportu. Przy braku wskazanych danych Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji założeń oferenta.

W końcu należy odnieść się do treści załącznika nr 6 do wyjaśnień, który nie spełnia roli jaką przypisuje mu Infradrog. Oferta pochodząca z wytwórni mas bitumicznych jest ofertą przeznaczoną na inną inwestycję (ul. Solna) oraz utraciła swoją ważność 17.11.2023 r. Wobec nieprzedstawienia przez Infradrog przedłużenia okresu obowiązywania oferty WMB czy też nowej oferty o tożsamych warunkach, należy uznać, że dowód ma wartość wyłącznie historyczną i nie pozwala na stwierdzenie, iż Infradrog otrzyma mieszankę w cenie zbliżonej do przyjętej w wyliczeniach.

Jednak nawet przyjmując, że wykonawcy udaloby się przywrócić warunki handlowe dla dostawy mieszanki bitumicznych, to mieszanka dostarczona zgodnie z ofertą byłaby nieprzydatna dla niniejszej inwestycji, która wymaga mieszanki SMA8, a oferta odnosi się do SMA11 (która ma odmienną cenę od tej wskazanej w wyjaśnieniach, tj. 437 zł za Mg).

Przy wyjaśnieniach robót brukarskich pojawiają się analogiczne błędy jak przy opisie robót bitumicznych, tj.: bliżej nieokreślone ryzyka ujęte w kalkulacji, brak podanych wydajności i błędna stawka godzinowa. Dodatkowo, działaniem, z którym nie zgadza się Odwołujący, jest traktowanie faktury VAT pochodzącej z września 2023 r. (dotyczącej innej inwestycji), jako wiążącej oferty. Dokument w ocenie Odwołującego może wyłącznie potwierdzić, iż w tamtym okresie Infradrog nabył kostkę po cenie tam wskazanej. Infradrog w żaden sposób nie wykazał, iż zawarta tam cena ma charakter aktualny i wiążący dla dostawcy. Co więcej, z faktury nie wynika, iż wskazana cena jest ceną z transportem. Analogiczne uwagi należy skierować do Załącznika nr 8 do wyjaśnień (dowód na cenę podsypki).

Zagadnienie 7

Fragment:

Ponadto nakłady przedłożone przez Zamawiającego zawierają w robotach ziemnych oraz rozbiórkowych głównie pracę małych samochodów oraz pracę ręczną. Wykonawca po analizie zadania stwierdza, że możliwe jest użycie sprzętu większego i wykonywania prac przy dużo bardziej zmechanizowanej pracy niż przyjęta wg KNR. To samo tyczy się robót ziemnych branży sanitarnej.

Odwołujący wskazuje, że w wyjaśnieniach nie wskazano na czym owa oszczędność miałaby polegać. Nie przedstawiono konkretnych kwot czy wyliczeń, a co za tym idzie, fragmentu nie można oceniać merytorycznie pod kątem przydatności do wyjaśnienia ceny.

Zagadnienie 8

Fragment:

Po analizie własnej została również użyta dość nietypowa metodologia wykonania robót branży sanitarnej. Przyjęto bowiem założenie układania rurociągu z rur o długości krótszej (3m zamiast 6m). Jednakże ta metoda ma ograniczyć koszty odwodnienia wykopu i tym samym bezpośrednio wpłynąć na wydajność, a co za tym idzie na cenę całego przedsięwzięcia.

Odwołujący podnosi, że powyższy fragment pozostaje w sprzeczności z dotychczasową treścią wyjaśnień, gdzie Infradrog wskazywał, iż roboty z branży sanitarnej przekaże do wykonania podwykonawcy, a co za tym idzie to po jego stronie będzie metodologia wykonania omawianego zakresu. Podnosimy jednocześnie, iż koszt odwodnienia nie będzie stanowił istotnej różnicy w cenie oferty, albowiem po pierwsze Infradrog nie może wykluczyć prowadzenia takich działań pomimo stosowania krótszych rur, a po drugie koszt ten, zgodnie z przedmiarem, zamknie się w kilku tysiącach złotych.

Zagadnienie 9

Fragment:

podbudów a także zahumusowania. Rozkład kosztowy w takim przypadku jest o tyle korzystny, że w przeciwieństwie do nakładów KNR czy konkurencji (Eurovia), gdzie każda robota liczona jest z odrębnym wykorzystaniem sprzętu, Infradrog wykorzystuje własny sprzęt efektywniej. W naszym przypadku godziny pracy każdego sprzętu zostały wykorzystane optymalnie. Tym samym zastosowana w paper eng metoda budżetowa rozkłada cenę koparki na szereg pozycji według założeń analizy.

Przytoczony fragment stanowi swojego rodzaju podsumowanie poziomo ogólności wyjaśnień Infradrog, a jednocześnie odnosi się bezpośrednio do Odwołującego w sytuacji, gdy Infradrog nie zna metodologii Eurovia, stosowanej przy tworzeniu wycen.

Odwołujący zwraca uwagę na abstrakcyjny charakter użytych tam twierdzeń, gdzie Infradrog zapewnia o:

- Korzystnym rozkładzie kosztowym – Na czym polega? Z czego wynika?
- Efektywnym wykorzystaniu sprzętu – Czyli jakim? Jakie oszczędności generuje?
- Optymalnym wykorzystaniu każdej godziny pracy sprzętu – Na czym polega optymalizacja?
- Metoda budżetowa rozkłada cenę koparki na szereg pozycji według założeń analizy – Na które konkretnie pozycje? Jakie koszty przypisuje pozycjom? Jaka analiza stanowi punkt wyjścia?

Przedstawione powyżej pytania pozostaną bez odpowiedzi, ale też mogłyby zostać zadane w kilku innych miejscach wyjaśnień, co tylko pokazuje zasadniczy problem z uzyskaniem z wyjaśnień konkretnych informacji. (...)

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Infradrog jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Infradrog,
- 3) ponownej oceny i badania ofert,
- 4) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 19.02.2024 r. wykonawca Infradrog sp z o.o., ul. ks. kanonika Jana Ksyckiego 6B, 64-800 Chodzież (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 27.02.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 27.02.2024 r. Odwołujący odniósł się do argumentacji Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa ul. Czarnoleskiej i ul. Spółdzielczej w miejscowości Kruszewnia w gminie Swarzędz.

W rozdziale XV specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wskazano m.in.:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Interaktywnego Formularza Ofertowego udostępnionego na platformie e-zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce informacje podstawowe.

4. Cena określona w ofercie przez wykonawcę ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego.

5. Cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

Wartość szacunkowa zamówienia wyniosła 11.013.011,20 zł netto, czyli 13.546.003,80 zł brutto, zaś średnia arytmetyczna ofert wyniosła 9.115.224,07 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 8.266.358,47 zł brutto, co oznacza, że cena jego oferty jest niższa o ok. 39% od wartości szacunkowej powiększonej o VAT oraz o ok. 9% od średniej arytmetycznej ofert.

Pismem z dnia 15.12.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 223, art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający przytoczył treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i fragment orzeczenia KIO 3741/21 dotyczący konieczności składania wyjaśnień konkretnych, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości oraz dodał, „że wyjaśnienia winny zawierać wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w szczególności: koszty pracy - wymaganych osób do realizacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem podstaw zatrudnienia, koszty dojazdu, koszty administracyjne, zysk Wykonawcy. Wykonawcy wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny zobowiązani są przedstawić dowody, które potwierdzą ich twierdzenia (tj. np. kosztorysy, oferty dostawców itp.)”.

W dniu 21.12.2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 17.01.2024 r. Zamawiający poinformował o uznaniu zastrzeżenia za nieskuteczne.

Pismem z dnia 09.02.2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

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

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

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

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk, jak też powinien wyjaśnić, dlaczego te koszty przyjął w takiej a nie innej wysokości i jaki ma to wpływ na cenę jego oferty. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Kolejną kwestią, która wymaga wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, jest podniesiona przez Przystępującego kwestia ogólnego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 15.12.2023 r. przytoczył treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i fragment wyroku KIO w sprawie 3741/21 (w którym wyboldował treść: „wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów”) oraz wskazał, że „wyjaśnienia winny zawierać wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w szczególności: koszty pracy - wymaganych osób do realizacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem podstaw zatrudnienia, koszty dojazdu, koszty administracyjne, zysk Wykonawcy. Wykonawcy wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny zobowiązani są przedstawić dowody, które potwierdzą ich twierdzenia (tj. np. kosztorysy, oferty dostawców itp.)”.

Po pierwsze zatem, nie można twierdzić, że wezwanie Zamawiającego było ogólne, bo jednak Zamawiający żądał w nim wskazania w szczególności kosztów pracy - wymaganych osób do realizacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem podstaw zatrudnienia, kosztów dojazdu, kosztów administracyjnych i zysku, a ponadto podkreślił, że oczekuje wyjaśnień konkretnych, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości, zawierających wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający nie zadał wprawdzie pytań dotyczących konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego lub formularza cenowego, ale wynika to z tego, że nie żądał złożenia takich dokumentów wraz z ofertą. Jednocześnie jednak nie ograniczył się do zacytowania treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, ale wskazał koszty szczególnie go interesujące, podkreślając przy tym znaczenie złożenia szczegółowych wyjaśnień.

Po drugie, nawet gdyby wezwanie ograniczało się do przytoczenia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, to podkreślić należy, że tak ogólne wezwanie nie zwalniałoby wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie miałby w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogłyby się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki został wskazany w wezwaniu i jaki dodatkowo sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięta się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej

szansy”.

W niniejszej sprawie, nawet w przypadku uznania wezwania z dnia 15.12.2023 r. za ogólne, Przystępujący miał zatem obowiązek wyjaśnić koszty wprost wyszczególnione przez Zamawiającego oraz koszty, które w świetle przytoczonego w wezwaniu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp sam wskazał jako uzasadniające cenę jego oferty. W tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego powinny być – jak wskazano powyżej i jak wskazał sam Zamawiający - konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości, zawierające wszystkie okoliczności, czynniki i elementy mające wpływ na zaoferowaną cenę.

Odwolujący podzielił poszczególne akapity w wyjaśnieniach Przystępującego na tzw. zagadnienia i dla każdego z nich wskazał braki, z powodu których nie można uznać, że Przystępujący wykazał realność ceny swojej oferty. Izba stwierdziła, co następuje.

1) Zagadnienie 1 – Przystępujący wskazał, że obniżenie ceny było możliwe dzięki narzędziom analityczno-budżetowym, których istotnymi czynnikami są m.in.: katalog dokumentów, udział inżynierów w kalkulacji, stworzenie katalogu ryzyk i wstępna organizacja i planowanie budowy, powołał się też na analizę dokumentów i przedmiaru pomocniczego. Ponadto wskazał, że zarządzanie ryzykiem na projektach pozwoliło mu na zidentyfikowanie potencjalnie występującego ryzyka i że nie jest przedsiębiorstwem rozbudowanym strukturalnie, w związku z czym koszty zarządu udało mu się zredukować do 2,5%. Nie sposób nie dostrzec, że ten fragment wyjaśnień Przystępującego zawiera szereg ogólnikowych sformułowań, których znaczenie dla ceny oferty nie zostało w ogóle wyjaśnione. Nie wiadomo, jaki wpływ na cenę oferty ma np. katalog dokumentów, ich analiza, udział inżynierów w kalkulacji, zidentyfikowanie ryzyk, jakie są to dokumenty, jakie są to ryzyka, jak ich analiza czy zidentyfikowanie przekłada się na cenę oferty, jakie koszty się z tym wiążą, jakie oszczędności z tego wynikają, w jaki sposób zostało wyliczone 2,5% kosztów zarządu i jaka konkretna kwota z tego wynika. Przystępujący napisał dwa akapity tekstu, w którym nie ma ani słowa o tym, jaki wpływ na cenę oferty ma którekolwiek z zawartych tam sformułowań.

2) Zagadnienie 2 – Przystępujący powołał się na metodę „just in time”, zgodnie z którą uzupełnia potrzebne materiały na bieżąco, a nie magazynuje ich. Przystępujący nie wskazał jednak, jakiego rzędu oszczędności z tego wynikają, a zatem jaki jest wpływ zastosowania tej metody na cenę oferty.

3) Zagadnienie 3 – Przystępujący wskazał, że jego filozofia budowy ceny opiera się głównie na założeniach dotyczących wydajności pracy poszczególnych brygad i dodał, że wydajność ta (którą w nawiasie utożsamiał z ilością roboczogodzin) powstała na podstawie analizy paper eng, czyli ww. narzędzia analityczno-budżetowego. Przystępujący w żadnym miejscu jednak nie wskazał, jaka jest to wydajność (wskazanie ilości przewidywanych na danym stanowisku roboczogodzin nie stanowi wyjaśnienia, jaka jest wydajność danego pracownika czy brygady np. w danej jednostce czasu), czym różni się od przeciętnej wydajności na rynku, jakie czynniki pozwalają osiągnąć taką wydajność w sposób zapewniający jednocześnie należyte wykonanie zamówienia, jakie oszczędności z tego wynikają i w efekcie jaki jest wpływ tej wydajności na cenę oferty. Jednocześnie w piśmie procesowym Przystępujący wskazał, że „średnia wydajność jego grup roboczych w stosunku do nakładów jednostkowych stosowanych w Katalogach Nakładów Rzeczowych tworzonych 40 i więcej lat temu jest co najmniej trzykrotnie, a w przypadku niektórych asortymentów nawet czterokrotnie większa i wynika z własnego wieloletniego doświadczenia prowadzenia inwestycji oraz zaangażowania pracowników”. Pomijając to, że doprecyzowanie kwestii „wydajności pracy” powinno się znaleźć w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym, przede wszystkim należy zauważyć, że nawet informacje przekazane na tym etapie nadal stanowią jedynie oświadczenia / deklaracje Przystępującego, natomiast brakuje wyjaśnienia, jaką wydajność brygad Przystępujący zakłada przy realizacji tego konkretnego zamówienia, na podstawie czego szacuje tę wydajność na taką a nie inną w stosunku do KNR (jakie okoliczności potwierdzają takie szacunki) i jaki ma to wpływ na cenę oferty.

Przystępujący wskazał też, że „wszystkie pozostałe koszty, w tym środowiskowe oraz dojazdowe wzięte są pod uwagę w wycenie Wykonawcy, a koszty administracyjne zawarte są w kosztach pośrednich”. Tym jednym zdaniem Przystępujący odpowiedział na wyszczególnienie przez Zamawiającego w wezwaniu m.in. kosztów dojazdu i kosztów administracyjnych. Przystępujący nie wskazał zatem, jakie konkretnie koszty administracyjne ponosi i w jakiej wysokości, jaki dojazd (ludzi, sprzętu) przewiduje, na jakie odległości, jakie są koszty tego dojazdu, w tym choćby koszty paliwa i jak to wszystko przekłada się na obniżenie ceny oferty.

Przystępujący powołał się przy tym na dowód nr 1 do wyjaśnień, w którym zawarł przedmiar („dane wyjściowe do kalkulacji”) i zestawienie robocizny. Przedmiar ograniczał się do wskazania, że stawka robocizny wynosi 30 zł / r-g, koszty zakupu wynoszą 5%, koszty pośrednie wynoszą 75% (R+S) i zysk wynosi 10%, zaś w zestawieniu robocizny wskazano grupy pracowników fizycznych (m.in. betoniarze, brukarze, robotnicy, szklarze) bez wskazania liczby pracowników każdej z tych grup (co też w ocenie Izby uniemożliwia ustalenie wydajności), ale z przewidywaną przez Przystępującego ilością roboczogodzin dla każdej z tych grup, ceną jednostkową (30 zł) i wynikiem mnożenia ilości przez cenę jednostkową. Należy zauważyć, że z tak skonstruowanego dowodu przede wszystkim nie wynika, co

konkretnie mieści się w kosztach pośrednich (poza kosztami administracyjnymi), które zostały oszacowane na 75%, jaką część tych kosztów stanowią koszty administracyjne, gdzie zostały ujęte koszty środowiskowe i koszty dojazdu, a jeśli również w kosztach pośrednich – to w jakiej wysokości i jak wszystkie te dane wpływają na obniżenie ceny oferty.

Przystępujący podał też stawkę 30 zł za roboczogodzinę, która nie jest niezgodna z rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893), gdyż rozporządzenie przewiduje na 2024 r. stawki w wysokości: 27,70 zł i 28,10 zł. Niemniej jednak ma rację Odwołujący, że pracodawca ponosi także inne koszty pracy, które powinny być również uwzględnione w kalkulacji ceny, a zatem powinna być wskazana ich przewidywana wysokość, uzasadnienie przyjęcia ich w takiej wysokości i wskazanie, w których kosztach zostały ujęte. Informacji tych nie da się wywieść z dowodu nr 1, czyli z zestawienia robocizny ani tym bardziej z przedmiaru. Przystępujący bowiem twierdzi obecnie (w piśmie z dnia 19.02.2024 r.), że ww. koszty ujął w kosztach pośrednich, niemniej jednak, pomijając już brak tej informacji w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu, przede wszystkim należy ponownie zauważyć, że koszty pośrednie zostały oszacowane na 75% ceny i tak zdawkowa informacja nie pozwala na ustalenie, że mieszczą się w nich m.in. jakiegokolwiek koszty pracy, w jakiej wysokości i na podstawie czego wyliczone. Nie jest też dopuszczalne, aby korzystając z tak ogólnie podanej informacji o kosztach pośrednich Przystępujący mógł na obecnym etapie wszelkie istotne, a niewykazane w wyjaśnieniach koszty przypisywać właśnie do kosztów pośrednich, bo czyniłoby to instytucję wyjaśniania ceny rażąco niskiej iluzoryczną.

- 4) Zagadnienie 4 – Przystępujący wyjaśniając koszty wykonania robót z branży sanitarnej, elektrycznej i telekomunikacyjnej, wskazał że przyjął do kalkulacji ofertę podwykonawcy ROKAN RK (dowód nr 2). Jednocześnie w ofercie Przystępujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy tylko roboty z branży elektrycznej i teletechnicznej. Należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że jeśli zamawiający nie dokona zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania jakiegoś kluczowego zadania, wykonawca może zdecydować o powierzeniu wykonania tego zadania podwykonawcy i nie może to skutkować odrzuceniem jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednakże w tym miejscu nie rozważamy zasadności odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5, ale w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W świetle tych przepisów obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wiarygodnych wyjaśnień potwierdzających prawidłową kalkulację ceny oferty pod rygorem odrzucenia jej z powodu rażąco niskiej ceny. Jeżeli zatem Przystępujący przewidział w ofercie samodzielne wykonanie robót sanitarnych, to konsekwentnie powinien pokazać w wyjaśnieniach własną kalkulację ceny za te roboty opartą na samodzielnie ponoszonych przez niego kosztach, a oferta podwykonawcy mogłaby ewentualnie stanowić dodatkowy dowód potwierdzający prawidłowość tak przedstawionych wyjaśnień i wyliczeń. Natomiast ograniczenie się w wyjaśnieniach wyłącznie do powołania się na ww. ofertę podwykonawcy powoduje niezgodność tych wyjaśnień z treścią oferty złożonej przez Przystępującego i w konsekwencji – brak ich wiarygodności co do tego, jak w końcu Przystępujący kalkuluje koszty robót sanitarnych.
- 5) Zagadnienie 5 – Przystępujący opisał podwykonawcę ROKAN RK wskazując, że współpracuje z nim od wielu lat, że podwykonawca ten stosuje się do przepisów prawa pracy i przepisów w zakresie środowiska oraz zatrudnia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę. Dołączył też dowody nr 3 – 5 w postaci referencji dla spółki ROKAN RK, jej oświadczenia o braku prowadzenia przeciwko niej postępowań w zakresie przestrzegania przepisów ochrony środowiska i prawa pracy oraz protokołu kontroli przeprowadzonej przez PIP. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że ten fragment wyjaśnień nie wnosi nic do kwestii sposobu wyliczenia ceny oferty, czyli pokazania przewidywanych kosztów, ich wysokości, podstaw ich szacowania i wpływu na cenę oferty. Również żaden ze złożonych dowodów nie potwierdza prawidłowości ustalenia tej ceny, gdyż nie odnoszą się one do żadnych wyliczeń, ani okoliczności będących podstawą dokonania takich wyliczeń. Dowody te odnoszą się jedynie do stosowania przepisów, których stosowanie jest obowiązkowe dla wszystkich wykonawców i powinno być normą oraz do należytego wykonania innych zamówień, co może potwierdzać spełnienie ewentualnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, ale nie jest dowodem potwierdzającym prawidłowość wyliczenia ceny oferty.
- 6) Zagadnienie 6 – Przystępujący podał metodologię obliczenia najistotniejszych, wg niego, pozycji: nawierzchni z mieszanki mineralno-asfaltowych gr 4 cm – warstwa ścieralna na ciągu głównym oraz nawierzchni z kostki brukowej gr 8 cm szarej – 4410 m². Ponownie przy tym nie sprecyzował „wydajności”, na podstawie której obliczył ceny wewnętrzne sprzętu ani „określonych ryzyk cenowych” zawartych „poza zwyczajowymi elementami” w bliżej nieokreślonych w kosztach pośrednich. Przystępujący podał cenę transportu mieszanki – 26 zł/m³ nie wskazując jednak żadnych danych, na których się oparł ustalając taką cenę. Do wyjaśnień dołączył dowody, z których:
- dowód nr 6 – informacja cenowa od spółki COLAS Polska dotyczy mieszanki SMA 11, podczas Zamawiający wymagał zastosowania mieszanki SMA 8 i ich ceny są różne. Nawet jeśli dowód ten, jak twierdził Przystępujący na rozprawie,

miał na celu pokazanie pewnego poziomu cen mieszanek dostępnych na rynku, to taka informacja powinna się znaleźć w wyjaśnieniach wraz z wykazaniem ceny właściwej mieszanki. Dodatkowo ww. informacja cenowa dotyczy konkretnego innego projektu, tj. ulicy Solnej i utraciła ważność w dniu 17.11.2023 r., czyli przed upływem terminu składania ofert, co również powoduje, że dowód ten traci na wiarygodności.

- dowód nr 7 – faktura z 20.09.2023 r. dotyczy m.in. kostki brukowej, co do której Przystępujący stwierdził, że „jest tożsama z aktualną ofertą”, jednakże poza ww. oświadczeniem brak jakiegokolwiek dowodu na to, że wystawca tej faktury rzeczywiście podtrzymuje swoją ofertę z taką samą ceną.

7)Zagadnienie 7 – Przystępujący stwierdził, że w zakresie robót ziemnych, rozbiórkowych i sanitarnych nakłady Zamawiającego przewidują głównie pracę małych samochodów i pracę ręczną, podczas gdy z jego analizy wynika, że „możliwe jest użycie sprzętu większego i wykonywanie prac przy dużo bardziej zmechanizowanej pracy niż przyjęta wg KNR”. O ile należy się zgodzić z Przystępującym, że zmiany technologiczne umożliwiają obecnie wykonywanie robót w inny, sprawniejszy i bardziej wydajny sposób, niż wskazane przez Zamawiającego KNR, o tyle należy ponownie podkreślić, że obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień w taki sposób, aby rozwiać wątpliwości zamawiającego co do ceny jego oferty, wykazać jej prawidłowe wyliczenie i realność. Tymczasem Przystępujący ograniczył się do ww. stwierdzenia, w żaden sposób nie wykazując, które konkretnie roboty zamierza wykonać jakim sprzętem, jaki jest koszt pracy tego sprzętu i jego wydajność i dlaczego powoduje to obniżenie ceny oferty.

8)Zagadnienie 8 – Przystępujący powołał się na „nietypową metodologię” wykonania robót w branży sanitarnej polegającą na układaniu rurociągu z rur o długości krótszej, tj. 3 m zamiast 6 m, co ma ograniczyć koszty odwodnienia wykopu i tym samym wpłynąć bezpośrednio na wydajność i cenę całego przedsięwzięcia. Ten fragment wyjaśnień sugeruje, że skoro Przystępujący w wyniku własnej analizy zdecydował się na zastosowanie ww. metodologii, to roboty sanitarne zostaną jednak wykonane przez niego samodzielnie, co pozostawałoby w sprzeczności z fragmentem omówionym w zagadnieniu nr 4, gdzie powoływał się na ofertę podwykonawcy. Ponadto ponownie brakuje w tych wyjaśnieniach informacji, w jaki sposób ww. metoda wpływa na ograniczenie kosztów wykonania robót sanitarnych (np. ograniczenie czasu wykonania, a co za tym idzie – kosztów pracy ludzkiej) i jakiego rzędu oszczędności Przystępujący się spodziewa.

Odwołujący podniósł także, że koszty odwodnienia stanowią wg przedmiaru Zamawiającego tylko kilka tysięcy złotych, więc nie jest to pozycja istotna dla ceny oferty. Trudno jednak stwierdzić, na jaką kwotę (i dlaczego) Przystępujący oszacował roboty odwodnieniowe, bo w żaden sposób tego nie wykazał. Dlatego więc w ocenie Izby istotą problemu w tym przypadku jest brak konkretnych wyjaśnień, a nie zbyt niska wartość pozycji, bo nie wiadomo, jaką wartość zakładał Przystępujący.

9)Zagadnienie 9 – Przystępujący wskazał, że w przeciwieństwie do nakładów KNR czy Odwołującego, jego wykorzystanie własnego sprzętu jest bardziej efektywne, optymalne i pozwala na korzystny rozkład kosztowy, bo zastosowana w narzędziu paper eng metoda „rozkłada cenę koparki na szereg pozycji według założeń analizy”. Ponownie zatem Przystępujący posłużył się ogólnymi sformułowaniami, których znaczenie dla wysokości konkretnych przyjętych kosztów i ustalenia ostatecznej ceny oferty nie jest jasne. Ma rację Odwołujący zwracając uwagę na to, że wobec tak skonstruowanych wyjaśnień należałoby zadać pytania: na czym polega korzystny rozkład, optymalizacja czy efektywność wykorzystania sprzętu? Jakie oszczędności generują? Na które konkretnie pozycje rozkłada się cena koparki? Jakie koszty Przystępujący przypisuje tym pozycjom? Jaka analiza stanowi w tym wypadku punkt wyjścia? Brak tych informacji czyni ww. wyjaśnienia bezużytecznymi dla ustalenia realności ceny oferty.

Podsumowując, należy wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego pełne są ogólników i deklaracji, natomiast brakuje w nich wyjaśnienia tego, jak wskazywane w nich okoliczności przekładają się na cenę oferty, a przede wszystkim brakuje rzetelnej kalkulacji pokazującej konkretne przewidziane przez Przystępującego koszty, konkretne kwoty tych kosztów, założenia pozwalające na ustalenie tych kwot w takiej a nie innej wysokości i wynik tej kalkulacji dający wartość równą cenie oferty. Przy czym Izba zgadza się z Przystępującym, że nie ma jednego sposobu przedstawiania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a Zamawiający w wezwaniu z 15.12.2023 r. wskazał kosztorys jedynie jako dowód przykładowy. Nie zmienia to jednak faktu, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, co oznacza konieczność pokazania sposobu wyliczenia tej ceny, czy to w formie kosztorysu czy inaczej sporządzonej kalkulacji, tak by wątpliwości co do realności tej ceny mogły zostać rozwiane. Tymczasem Przystępujący nie przedstawił w żadnej formie żadnego wyliczenia, które pokazywałoby konkretne kwoty składające się na cenę oferty i sposób dojścia do tych kwot. W szczególności takim wyliczeniem nie jest przedmiar i zestawienie robocizny (dowód nr 1) ze względu na ich bardzo ogólną treść.

Powyższego obowiązku wykazania realności ceny oferty nie zmienia fakt, że Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe. Taki rodzaj wynagrodzenia nie zwalnia bowiem wykonawcy z obowiązku wytłumaczenia się z wysokości i podstaw kalkulacji zaoferowanej ceny (por. wyrok KIO 373/17 z 14.03.2017 r.)

Przystępujący podnosił także, że Odwołujący nie kwestionuje tego, iż za podaną przez Przystępującego cenę

można wykonać zamówienie i osiągnąć zysk. Należy jednak zauważyć, że w omawianym zakresie ustawa Pzp przewiduje trzy podstawy odrzucenia oferty:

- stwierdzona przez Zamawiającego rażąco niska cena lub koszt (art. 226 ust. 1 pkt 8),
- brak udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie (art. 224 ust. 6),
- złożenie wyjaśnień z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6).

Odwolujący nie twierdził, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, a co za tym idzie – że za tę cenę nie można wykonać zamówienia i osiągnąć zysku. Twierdził natomiast, że wyjaśnienia Przystępującego są na tyle ogólne, że nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, dlatego też powołał jako podstawę odrzucenia oferty m.in. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Stąd też brak kwestionowania realności tej ceny w odwołaniu nie ma znaczenia dla sprawy, gdyż Odwołujący postawił w odwołaniu inny zarzut – zarzut braku uzasadnienia podanej ceny w wyjaśnieniach. W konsekwencji nie jest też zasadna argumentacja Przystępującego dotycząca braku przedłożenia przez Odwołującego dowodów na poparcie jego zarzutu. Izba zgadza się co do zasady z tym, że niezależnie od treści art. 537 ustawy Pzp odwołujący kwestionujący cenę w ofercie innego wykonawcy nie mogą poprzestać na głosłownych zarzutach, niemniej jednak raz jeszcze należy podkreślić, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie kwestionuje wysokości samej ceny, ale ogólnikowość wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej ceny, a zatem jego zarzut opiera się na trzeciej z ww. podstaw odrzucenia oferty. Tym samym trudno, żeby Odwołujący składał jakieś dowody, skoro dowodem samym w sobie jest w tym wypadku treść wyjaśnień Przystępującego, które z tego względu są w odwołaniu po kolei punktowane pod kątem braku uzasadnienia dla podanej w ofercie ceny.

Ponadto Przystępujący podnosił na rozprawie, że ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie różnią się istotnie, a skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień wynikało wyłącznie z faktu zawyżenia wartości szacunkowej zamówienia przez Zamawiającego. Jeżeli jednak Przystępujący z wyżej wskazanych powodów uważał wezwanie z dnia 15.12.2023 r. za niezasadne, powinien był wnieść odwołanie na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie zakwestionował jednak powyższego wezwania, dlatego też na obecnym etapie postępowania czynności tej nie można już zweryfikować i ew. unieważnić, a w konsekwencji Przystępującemu pozostało już tylko złożenie szczegółowych, rzetelnych, spójnych oraz popartych dowodami wyjaśnień potwierdzających prawidłową kalkulację ceny oferty, czego nie uczynił.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca