

WYROK
z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 i 27 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne "TELKOM Warmia" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie przy ul. Marii Zientary Malewskiej 49 (10-307 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 9/13 (00-909 Warszawa)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie przy ul. Podgórnjej 46 (70-205 Szczecin) oraz Indemar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie przy ul. Bronowickiej 5/29 (71-012 Szczecin), zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części odnoszącej się do zarzutów nieuprawnionej zmiany treści oferty oraz rażąco niskiej ceny dotyczących oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odrzucenie oferty ww. wykonawcy jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny oraz rażąco niską cenę, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne "TELKOM Warmia" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie w części 1/3 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w części 2/3 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne "TELKOM Warmia" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 11 776 zł 17 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt sześć złotych siedemnaście groszy) stanowiącą koszty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz innych uzasadnionych wydatków;

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego "TELKOM Warmia" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, kwotę w wysokości 11 807 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset siedem złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie, zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego pn.: *Wędrzyn. Rozbudowa sieci teleinformatycznej w garnizonie oraz modernizacja systemu zasilania węzła łączności* o numerze referencyjnym: 2610.9.2023.MS, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 082-247247.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 9 października 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne "TELKOM Warmia" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących, czynności (działań i zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1) niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: ASD Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie (zwanych dalej jako: „Konsorcjum”), mimo, że Konsorcjum składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dokonało nieuprawnionej zmiany treści oferty po terminie składania ofert

– co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp;

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, że wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej nie potwierdziły, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 224 ust. 6 w zw.

z art. 224 ust. 5 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp;

4) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;

5) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny prowadzą do wniosku, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z treścią warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

6) niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum, mimo że oferta ta winna być odrzucona przez zamawiającego – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1

i ust. 2 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 16 i art. 17 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 września 2023 r.;
- odrzucenie oferty Konsorcjum;
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty Konsorcjum;
- dokonanie wyboru oferty TELEKOM jako najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania przejawia się w tym, że na skutek wadliwej czynności zamawiającego, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości pozyskania zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w następstwie ww. czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego jako oferty najkorzystniejszej (jest wykonawcą drugim w klasyfikacji złożonych ofert), a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w jego majątku.

W uzasadnieniu dla zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania, odwołujący wyjaśnił, że w po złożeniu przez Konsorcjum wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający stwierdził, że przedstawiony w ramach wyjaśnień kosztorys szczegółowy jest przygotowany na niższą kwotę od ceny zawartej w ofercie Konsorcjum. Łączna kwota wynikająca z kosztorysu szczegółowego złożonego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, który miał odpowiadać kosztorysowi ofertowemu wynosiła: 18 864 581,00 zł brutto, natomiast cena wskazana w ofercie (i kosztorysie ofertowym) to: 18 895 138,23 zł brutto. Zatem

z powyższego wynika wprost, że przedstawiając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał inną niż pierwotnie kwotę. Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści odpowiedzi Konsorcjum wynikało wprost, że wykonawca ten uważał, iż dokonana przez zamawiającego czynność poprawienia omyłek w ofercie została wykonana błędnie. Zwrócił uwagę, że w dniu 6 września 2023 r. zamawiający w treści pisma poinformował o poprawieniu innych omyłek w ofercie Konsorcjum.

W pkt 2) pisma zamawiającego z dnia 6 września 2023 r., zamawiający, zgodnie

z orzeczeniem KIO z dnia 22 sierpnia 2023 r., sygn. KIO 2328/23 dokonał usunięcia nadmiarowych pozycji z formularza ofertowego. Jednocześnie w dalszej treści pisma zamawiający wskazał: *Poprawienie omyłek pozostaje bez wpływu na cenę ofertową Konsorcjum. Zamawiający wyznacza Konsorcjum termin na wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty lub zakwestionowanie ich poprawienia do dnia 11.09.2023 r. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłek.*

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum, nie zgłosiło żadnych uwag czy zastrzeżeń do pisma zawierającego poprawienie innych omyłek, zatem uznało za zasadnym stwierdzenie, że poprawienie tych omyłek pozostaje bez wpływu na cenę oferty, tj. kwotę 18 895 138,23 zł brutto. Następnie składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak słusznie zauważył zamawiający, kwota za realizację przedmiotu zamówienia była o 30 557,23 zł brutto niższa niż cena oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że o ile nie zgadza się w całości z treścią orzeczenia w sprawie o sygn. KIO 2328/23, to czynności poprawienia innych omyłek, nie jak twierdzi Konsorcjum, omyłek pisarskich, została dokonana w sposób prawidłowy, zgodnie z orzeczeniem Izby. To znaczy, że zamawiający usunął pozycje dodatkowe, ale wyraźnie wskazał, że cena oferta Konsorcjum nie ulega zmianie. Co istotne, Konsorcjum w żaden sposób nie odniosło się do pisma w sprawie innych omyłek, zgodnie z informacją zawartą w treści tego pisma zamawiającego, oznaczał akceptację sposobu poprawienia innych omyłek, przede wszystkim stwierdzenia, że zmiany te pozostają bez wpływu na cenę oferty. Zatem Konsorcjum składając wyjaśnienia powinno zmianę tę, która była wynikiem orzeczenia KIO, uwzględnić w złożonym wraz z wyjaśnieniami kosztorysie szczegółowym, co oznacza, że kosztorys ten nie powinien zawierać pozycji dodatkowych, ale też łączna cena oferty nie powinna ulec zmianie. Natomiast Konsorcjum obniżyło cenę łączną w kosztorysie o 30 557,23 zł brutto, co prowadzi do wniosku, że wykonawca ten dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty, zarówno wbrew wyrokowi Izby, jak i wbrew treści pisma zamawiającego. Tłumaczenie zawarte w odpowiedzi na

wzewanie do wyjaśnień, jakoby zamawiający źle interpretował wyrok Izby i dokonał błędnej poprawy innych omyłek jest nieudolną próbą naprawienia popełnionego przez Konsorcjum błędu. Konsorcjum nie mogło w żaden sposób dokonać zmiany treści złożonej oferty, a już z pewnością w zakresie ceny tej oferty. Bez wątplenia zmiana ceny jest zmianą istotną w rozumieniu przepisów Pzp, jest też zmianą niedopuszczalną po terminie składania ofert. Zaznaczyć przy tym należy, że co prawda poprawienie innych omyłek jest dopuszczalne jednak nie może wpływać na treść złożonej oferty, której głównym elementem jest bez wątplenia cena.

Mając na względzie powyższe odwołujący uznał, że złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym kosztorys szczegółowy doprowadziły do zmiany treści oferty złożonej przez Konsorcjum, a w konsekwencji oznaczają błąd w obliczeniu ceny. Zatem zamawiający w tej sytuacji powinien odrzucić ofertę Konsorcjum.

W uzasadnieniu dla zarzutów podniesionych w pkt 2 i 3, odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 6 września 2023 r. skierował do Konsorcjum wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy. W dniu 13 września 2023 r., Konsorcjum złożyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. W załączniku nr 1 „Oświadczenie Wykonawcy z dnia 13 września 2023 r.”, do wyjaśnień Konsorcjum wskazało, że kalkulacja została przygotowana w oparciu o cenniki Sekocenbud za I kwartał 2023 r. Dodatkowo Konsorcjum potwierdziło uwzględnienie tego cennika w treści załącznika nr 2 do wyjaśnień „Kosztorys szczegółowy”. Zdaniem odwołującego z powyższego wynikało wprost, że Konsorcjum, oświadczyło, iż do przygotowania kalkulacji ceny oferty przyjęło określone założenia w oparciu o wskazane cenniki. Odwołujący wyjaśnił, że dokonał szczegółowej analizy przedstawionych kosztorysów w odniesieniu do złożonych przez Konsorcjum oświadczeń i ofert załączonych jako dowody mające rzekomo potwierdzać realność ceny zaoferowanej w postępowaniu. W ocenie odwołującego, zamawiający nie dokonał rzetelnej analizy złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień oraz kosztorysów, o czym świadczy fakt pominięcia w ocenie różnic między złożonymi kosztorysami a stawkami jakie winny być uwzględnione w kosztorysach zgodnie z oświadczeniami powoływania się na określone cenniki Sekocenbud za I kwartał 2023 r.

KOSZTY POŚREDNIE

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum w treści wyjaśnień i oświadczenia powoływało się na uwzględnienie w kosztorysach cen z cenników Sekocenbud za I kwartał 2023 r. Niezrozumiałym zdaniem Odwołującego był już sam fakt powołania się na ceny z I kwartału 2023 r., gdyż termin składania ofert w postępowaniu był wyznaczony na 5 lipca 2023 r. a w tym czasie, tj. od kwietnia 2023 dostępny był już SEKOCENBUD RMS 2kw2023, który należałoby zastosować do przygotowania kalkulacji kosztów. Zdaniem odwołującego, przyczyną takiego wyboru Konsorcjum był znaczny wzrost stawek przyjętych w ww. cenniku w drugim kwartale 2023 r. Już ten fakt wskazuje na próbę manipulacji w zakresie przedstawionej kalkulacji.

Ponadto mimo zastosowania cenników za I kwartał 2023 r., już na pierwszej stronie kosztorysu Konsorcjum zamieściło informacje stojące w sprzeczności z cennikami jakie teoretycznie zastosowało przy kalkulacji. Zatem Konsorcjum jako koszty pośrednie przyjęło 17,25% kosztów Robocizny plus Sprzętu. Natomiast zgodnie z cennikiem, na który powołuje się Konsorcjum, minimalne narzuty w zakresie kosztów pośrednich to 40%. Zatem już sam fakt zaniżenia kosztów pośrednich przesądza de facto o manipulacji Konsorcjum w zakresie kalkulacji ceny i zaniżeniu tych kosztów poniżej kosztów przyjętych w cennikach, na które samo Konsorcjum się powołuje, co samo w sobie może prowadzić do uznania, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo odwołujący podkreślił, że Konsorcjum wskazując na koszty pośrednie odniosło je do załącznika „Kalkulacja kosztów pozaprzemysłowych”. W kosztach tych Konsorcjum nie uwzględniło istotnej pozycji jakiej uwzględnienia właśnie w kosztach pośrednich żądał zamawiający, tj. kosztów obsługi geodezyjnej – tyczenie i inwentaryzacja na długości około 51 129 mb (dla robót telekomunikacyjnych i energetycznych). Cena za 1km tyczenia i inwentaryzacji na obiektach wojskowych to koszt 3 500,00 netto. 51,13 km konieczne do wykonania x 3 500,00 zł = 178 955,00 zł, to koszt jakie nie znajdujemy w kosztach pośrednich, co również przesądza o nieuwzględnieniu wszystkich kosztów w ofercie Konsorcjum, ale też świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na pozycje dotyczące wywiezienia gruzu, które miały w cenie uwzględniać opłatę za wysypisko, która w obecnych realiach rynkowych jest znacznym kosztem. Natomiast w kosztorysie Konsorcjum pozycje te istotnie zostały zaniżone. Zatem łączny koszt ze wskazanych pozycji w kosztorysie Konsorcjum to 1 566,26 zł. Na te prace składa się załadunek 1m³ gruzu koparko ładowarką na samochód samowyładowczy oraz jego wywiezienie na odległość w założeniu 15 km, ale też opłata za wysypisko, zatem cena za 1m³ 147,76 zł jest nierealna w odniesieniu do realiów rynkowych. Zdaniem odwołującego był to kolejny przykład nieuwzględnienia kosztów mających wpływ na cenę oferty, w szczególności w zakresie kosztów pośrednich.

ZESTAWIENIE SPRZĘTU

W ocenie odwołującego kolejnym istotnym elementem potwierdzającym fakt, że Konsorcjum nie sprostało obowiązkom wykazania, że oferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest dowód złożony przez Konsorcjum, który rzekomo miał potwierdzać uwzględnienie kosztów związanych z użyciem sprzętu do realizacji przedmiotu zamówienia – załącznik 6 do wyjaśnień – „Zestawienie sprzętu (S)”. Odwołujący przedstawił to zestawienie z zaznaczeniem pozycji, które budziły u odwołującego daleko idące wątpliwości co do rzetelności wyjaśnień. Konsorcjum zgodnie z oświadczeniem, do kalkulacji kosztów sprzętu przyjęło stawki z Sekocenbud za I kwartał 2023, wykonawca ten przyjął dla większości sprzętu stawki z tabeli SEKOCENBUD na poziomie cen średnich za jedną motogodzinę pracy (m-g). Pierwszą kwestią, która budziła znaczne wątpliwości odwołującego było już samo przyjęcie różnych stawek dla tego samego sprzętu, tj. koparki jednonacyniowe. W kosztorysie złożonym przez Konsorcjum widać wyraźnie, że dla koparki jednonacyniowej kołowej 0,25m³, Konsorcjum przyjęło dwie różne stawki 60,55 zł i 123,03 zł. Zdaniem odwołującego było to celowe zaniżenie kosztów w związku ze znaczną liczbą m-g jakie należy uwzględnić w kosztach wykonania przedmiotu zamówienia, gdyby Konsorcjum zastosowało stawkę 123,03 zł dla pozycji 5 i 6, to koszty te byłyby o 359 036,32 zł większe, stąd zdaniem odwołującego Konsorcjum celowo zaniżyło stawkę w pozycji nr 5. Zastosowane stawki należy również odnieść do stawek średnich jakie przewidziane są w cenniku Sekocenbud za I kwartał 2023 r. Zgodnie z tym cennikiem średnia stawka dla koparki jednonacyniowej 0,15 m³ to 105,33 zł, a w kosztorysie i zestawieniu sprzętu dołączonym do wyjaśnień Konsorcjum przyjęło stawkę za 1 m-g 60,55 zł. Z kolei stawka średnia dla koparki jednonacyniowej 0, 25 m³ to 123,03 zł, Konsorcjum, jak wskazano wcześniej przyjęło stawki 60,55 zł i 123,03 zł. Powyższe jednoznacznie wskazuje na manipulację w zakresie przyjętych stawek w odniesieniu do złożonego przez Konsorcjum oświadczenia.

Kolejną pozycją budzącą wątpliwości odwołującego było uwzględnienie kosztów spawarki do światłowodów. Zgodnie z oficjalnym cennikiem Sekocenbud za I kwartał 2023 r. minimalna stawka za m-g pracy sprzętu to 92,22 zł. Stawka przyjęta w kosztorysie przez Konsorcjum to 12,83 zł, zatem stawka ta została zaniżona niemal 7-mio krotnie. Przy

łącznej liczbie 1999,97 m-g Konsorcjum zaniżyło kosztorys w stosunku do rzeczywistych kosztów o 158 777,61 zł. Kolejne pozycje, które są z jednej strony wewnętrznie sprzeczne z drugiej sprzeczne ze stawkami w cennikach Sekocenbud za I kwartał 2023 r., to stawki za urządzenia przeciskowe. W cenniku SEKOCENBUD nie występują typowe urządzenia przeciskowe hydrauliczne, występują jedynie zbliżone urządzenia do budowy w technologii bezwykopowej. Wskazane przez Konsorcjum urządzenia w pozycji sprzętowej nr 19 i 20 było tym samym urządzeniem do wykonania jednej czynności (wykonanie przecisku), natomiast Konsorcjum zastosowało w tym zakresie dwie różne stawki, tj. 16,32 zł (stawka zbliżona do cennika) oraz 6,52 zł, która nie ma żadnego uzasadnienia. To kolejny przykład manipulacji cenami potwierdzający fakt, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum nie sprostało wykazaniu, że cena ta jest realna i rynkowa.

Zdaniem odwołującego manipulacja cenami widoczna była również w zakresie pozycji 13 i 14 omawianego kosztorysu. Średnia stawka dla samochodu samowładowczego do 5 t= 119,60 zł. W kosztorysie i zestawieniu sprzętu dołączonym do wyjaśnień, Konsorcjum dla jednego z samochodów z pozycji sprzętowej nr 13 przyjęło stawkę minimalną co prawda zgodną z Sekocenbudem 94,00 zł, ale już nie średnią 119,60 zł. W drugim zaś stawka ta jest zgodna ze średnią, przy czym zastosowanie różnych stawek jest niezrozumiałe i również dowodzi manipulacji stawkami przyjętymi w kosztorysach.

MATERIAŁY

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przyjętą w branży metodologią przygotowywania kosztorysów szczegółowych, na końcu takiego kosztorysu wyodrębnia się zestawienie tabelaryczne do wglądu zwane RMS czyli Robocizna, Materiały i Sprzęt. Konsorcjum nie przedstawiło odrębnie tych zestawień, podając te koszty, tj. Robocizna, Materiały i Sprzęt dla każdej z 833 pozycji obmiarowych. Tego typu przygotowanie kosztorysu powoduje, że sprawdzenie prawidłowości kalkulacji jest znacznie utrudnione. Zdaniem odwołującego działanie to było celowe i miało prowadzić do sytuacji, w której zamawiający nie będzie

w stanie zweryfikować błędów w przedstawionym kosztorysie, co też zostało potwierdzone wyborem oferty Konsorcjum mimo, że kosztorys ten zawiera szereg błędów i nieścisłości. Zamawiający w aktualnym przedmiarze robót (Zał. nr 5 do SWZ - przedmiar aktualny od dn. 5 lipca 2023) podał, że należy uwzględnić w wycenie adaptery światłowodowe w ilości 2164 szt. zgodnie z zestawieniem materiałów. Konsorcjum w swojej kalkulacji uwzględniło łącznie tylko 1082 szt. Zostały one zliczone ze wszystkich pozycji, w których Konsorcjum je uwzględniło. Zatem konsorcjum nie uwzględniło w kosztorysie 50% wymaganych w dokumentacji materiałów.

Kolejnym ewidentnym dowodem potwierdzającym złożenie przez Konsorcjum niepełnych i nierzetelnych wyjaśnień, potwierdzających rażąco niską cenę oferty Konsorcjum było w ocenie odwołującego zaniżanie cen w załączonym do wyjaśnień kosztorysie w odniesieniu do ofert złożonych jako dowody mające potwierdzać koszt zakupu materiałów. Jak zwrócił uwagę odwołujący cena pokrywy na koryto z zapinkami podana w kosztorysie to 5,92 zł/m. Natomiast w ofertach dołączonych do wyjaśnień od Poltel (załącznik nr 8) i Forsystem (załącznik nr 9) przedstawiono inne ceny za tę samą pozycję. Zatem różnica od niższej ceny Forsystem w stosunku do ceny przedstawionej w kosztorysie wynosi 12,23 zł/m, przy 3937,50 m jest to różnica 48 155,62 zł. To kolejny przykład manipulacji cenami w kosztorysie przedstawionym przez Konsorcjum, ukazującym, że w kosztorysie Konsorcjum przedstawiło ceny materiałów poniżej kosztów ich zakupu.

Kolejny tego typu przykład to materiał w postaci: przegroda koryta szer. 200mm gr. 1mm.

Następna pozycja z kosztorysu zaniżona względem przedstawionej oferty to materiał w postaci Przepust ścienny 110 – systemowy, cena w kosztorysie Konsorcjum to 164,56 zł szt. Natomiast cena tego samego materiału w ofercie Forsystem (załącznik nr 9) pozycja 146 mająca rzekomo potwierdzać ceny uwzględnione w kosztorysie wynosi 227,70 zł szt.

Kolejna pozycja z kosztorysu zaniżona względem przedstawionej oferty to materiał w postaci: Rozdzielnica 3x12mod n/t IP41 druga klasa ochronności cena w kosztorysie Konsorcjum to 60,05 zł za szt. W ofertach Poltel (załącznik nr 8) i Forsystem (załącznik nr 9) ceny te zaś kształtują się odpowiednio 106,07 zł szt. i 75 zł szt.

Następny przykład przyjęcia do kosztorysu cen poniżej zakupu materiałów, to rozdzielnica 5x12mod p/t IP41 druga klasa ochronności, w cenie kosztorysowej 130,63 zł za szt.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający w treści dokumentów zamówienia wymagał, aby każdy z wykonawców uwzględnił w wycenie klimatyzatory zgodnie z dokumentacją i specyfikacją Zał. nr 6c do SWZ - Specyfikacje Techniczne ST-453.4.30-Klimatyzacja. Zamawiający w ramach odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, dnia 29 czerwca 2023 r. udzielił odpowiedzi na pytania, a jedno z nich dotyczyło klimatyzacji. Zamawiający odpowiadając na pytanie dokonał modyfikacji treści dokumentów zamówienia i uwzględnił zmiany w nowym przedmiarze i co ważniejsze w nowej poprawionej specyfikacji zał. nr 6c do SWZ - Specyfikacje Techniczne ST-453.4.30-Klimatyzacja akt. od dn. 29 czerwca 2023 r., wskazał dokładnie jakie klimatyzatory należy uwzględnić w kosztorysie. Jak wynikało z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum, nie wzięło ono pod uwagę zmian treści SWZ i nie uwzględniło wszystkich wymaganych przez zamawiającego klimatyzatorów w kosztorysie. Konsorcjum dla klimatyzatora typu: Jednostka wewnętrzna i zewnętrzna klimatyzacji - klimatyzator ścienny wraz z jednostką zewnętrzną o min. mocy chłodu 3,6kW; U=1x230V, klasa A++, podał w kosztorysie różne ceny tj. 1 x 19 500,00 (zgodnie z pozycją kosztorysu szczegółowego nr 532d.18), 1 x 5 300,00 (poz. 604d.24), 1 x 5 300,00 (poz. 628.d.26) oraz podał niewłaściwe moce chłodu dla droższego klimatyzatora tj. 7,2 kW. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego miały być uwzględnione 3 komplety klimatyzatorów o mocy jedynie 3,6kW. Odwołujący przedstawił pozycje z kosztorysu Konsorcjum, które potwierdzają, że złożone wyjaśnienia w szczególności kosztorys nie potwierdza uwzględnienia wszystkich elementów wymaganych przez zamawiającego w postępowaniu. Konsorcjum dla klimatyzatora typu: Jednostka wewnętrzna i zewnętrzna klimatyzacji - klimatyzator ścienny wraz z jednostką zewnętrzną o min. mocy chłodu 8,1kW,U=1x230V, klasa A++, podał w kosztorysie różne ceny dla jednego wymaganego typu klimatyzatora tj.: klimatyzator za 34 000,00 zł o mocy chłodu 16,2kW oraz klimatyzator za 15 300,00 zł o mocy chłodu 8,1kW. Zgodnie z wyjaśnieniami miały być uwzględnione 3 komplety klimatyzatorów

o mocy 8,1kW, zatem jeden komplet nie został w ogóle uwzględniony w kosztorysie, co również potwierdza, że oferta Konsorcjum była niezgodna z wymaganiami zamawiającego pod względem merytorycznym, w konsekwencji była niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący przedstawił pozycje z kosztorysu Konsorcjum, które dotyczą wspomnianych klimatyzatorów, potwierdzające, że Konsorcjum w wycenie nie uwzględniło wszystkich elementów wymaganych przez zamawiającego.

Kolejnym przykładem nierzetelności przedstawionych wyjaśnień, świadczącym jednocześnie o niezgodności oferty

Konsorcjum z treścią warunków zamówienia, był fakt nieuwzględnienie niektórych materiałów w kosztorysie. Konsorcjum nie uwzględniło w wycenie kabla YKY 0,61kV 5x16 RE mm², ELPAR, zgodnie z wymaganiami Zał. nr 5 do SWZ - przedmiar aktualny od dn. 5 lipca 2023 r.

Zdaniem odwołującego w kosztorysie Konsorcjum znalazły się również pozycje dotyczące materiałów, które nie zostały potwierdzone dowodami, a które to pozycje zostały zaniżone

w odniesieniu do rynkowych cen tych materiałów. Taka sytuacja miała miejsce w zakresie cen za drzwi stalowe z ościeżnicą, co ciekawe niezależnie od ich rozmiaru Konsorcjum

w kosztorysie przyjęło jedną cenę dla wszystkich rodzajów drzwi, chociaż powszechnie wiadomym jest, że cena tego typu materiałów zależy również od jego parametrów. Konsorcjum, jak już wskazano nie przedstawiło żadnego dowodu na poparcie zastosowanych cen za dany materiał, co zdaniem odwołującego świadczyło o przyjęciu cen za ten materiał według uznania Konsorcjum, mimo, że w wezwaniu zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje dowodów na potwierdzenie cen użytych materiałów w postaci chociażby ofert dostawców. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że średnia cena za kompletne drzwi tego typu z wyposażeniem kształtuje się na poziomie zakupu około 9 600,00 zł netto, stąd Konsorcjum nie mogło przedstawić oferty na materiał w takiej cenie, ponieważ jest to cena nierealna i zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe to kolejny przykład manipulacji cenami w poszczególnych pozycjach kosztorysu, brak uwzględnienia realnych stawek świadczący o fakcie, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia nie potwierdziły, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

Na niekompletność i nierzetelność złożonych wyjaśnień wskazywało w ocenie odwołującego wiele elementów z przedstawionego kosztorysu. Kolejnym faktem potwierdzającym, że Konsorcjum składając wyjaśnienia nie wykazało, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska jest kwestia nieuwzględnienia wymaganych przez zamawiającego materiałów. Zgodnie z Zał. nr 5 do SWZ - przedmiar aktualny od dn. 5 lipca 2023 r., każdy wykonawcy

w kosztorysie musiał uwzględnić rozdzielnicę podtynkowe i natynkowe w liczbie wymaganej przez zamawiającego. Odwołujący po analizie kosztorysu Konsorcjum stwierdził, że wykonawca nie uwzględnił w nim części wymaganych rozdzielnic. Błędnie zaś Konsorcjum przyjęło inne niż wymagane liczby rozdzielnic innego typu. Odwołujący wskazał przy tym, że nieuwzględnione rozdzielnice, to rozdzielnice podtynkowe, a te których liczba jest niewłaściwa to rozdzielnice natynkowe, czyli zupełnie inny materiał. Powyższe świadczyło

z jednej strony o tym, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uwzględniały wszystkich wymaganych elementów, z drugiej wskazywały na niezgodność oferty Konsorcjum

z warunkami zamówienia poprzez brak uwzględnienia w cenie wszystkich wymaganych przez zamawiającego materiałów. Zgodnie z SWZ to na wykonawcach ciążył obowiązek dokładnego zapoznania się z dokumentacją i wyceny oferty w sposób zapewniający możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich elementów cenotwórczych, w tym przede wszystkim, wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem to nie tylko materiały wyspecyfikowane przez zamawiającego, ale też materiały, które każdy profesjonalny podmiot musi uwzględnić

w cenie biorąc pod uwagę wymaganą technologię wykonania przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że zgodnie z technologią wykonania tego typu robót, do wykonania przepustów należało uwzględnić masę ogniochronną do uszczelnienia przepustów, której Konsorcjum w swojej ofercie nie uwzględniło, jak wynika

z przedstawionego przez Konsorcjum kosztorysu. Dla zakresu prac w tym rozmiarze należało uwzględnić masę ognioodporną, w odpowiedniej ilości, co też zamawiający wskazał wprost w dokumentach zamówienia. Cena wskazana w kosztorysie wskazywała jednoznacznie, że Konsorcjum nie uwzględniło jej w kosztach wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Nie sposób zatem przyjąć, że element ten został uwzględniony w kosztorysie. Powyższe wskazywało, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że Konsorcjum nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, gdyż nie uwzględniło w wycenie kolejnego istotnego elementu.

Kolejny przykład świadczący o błędach w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, potwierdzających niesprostanie obowiązkowi wykazania przez Konsorcjum, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska oraz świadczący o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, to nieuwzględnienie w kosztorysie złożonym wraz z wyjaśnieniami pozycji nr 84 (karta komunikacyjna) i 160 (prowadnice). Co prawda w zakresie karty komunikacyjnej Konsorcjum wskazało, że cena ta zawarta jest w UPS, to w zakresie prowadnic nie ma żadnej informacji, a wskazana cena wynosi 0 zł, zatem Konsorcjum pominęło ten materiał

w wycenie, jest to kolejny koszt pominięty przez Konsorcjum rzędu między 18 810,00 zł a 25 308,00 zł.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w przedmiarze robót (Zał. nr 5 do SWZ - przedmiar aktualny od dn. 5 lipca 2023 r.) podaje, że w cenie oferty należy uwzględnić złączki skręcane do łączenia rurociągów kablowych zgodnie z pozycjami obmiarowym. Łączną liczbą złączek, które należało wycenić to 332 szt. Zdaniem odwołującego Konsorcjum nie wyceniło ani jednej sztuki złączki, co wynika wprost ze wskazania ceny

w kosztorysie załączonym do wyjaśnień. Zatem wskazana cena za złączkę to 0 zł. Przy czym nie sposób przyjąć, że cena ta została uwzględniona w innej pozycji np. rury HDPE Fi 40, ponieważ cenę na poziomie 3,40 za 1mb rury Konsorcjum przyjęło z wprost z oferty firmy Forsystem, pozycja 175. Co prawda koszt ten może wydawać się nieznaczący jednak

w obliczu licznych niezgodności i manipulacji cenami przesądza o braku wyjaśnienia

w sposób należyty ceny zaoferowanej w postępowaniu, jak również świadczy

o nieuwzględnieniu wszystkich wymaganych materiałów w ofercie.

Kolejnym elementem, którego Konsorcjum nie uwzględniło w kosztorysie są złączki do łączenia rur kanalizacji pierwotnej w żadnej pozycji dotyczącej budowy kanalizacji kablowej

z rur z tworzywa sztucznego HDPE 110x5,5 N450 nie ma tych złączek. Norma dla złączki na 1mb budowy kanalizacji 1-otworowej to 0,16 szt. zgodnie z podanymi do wycień podstawami nakładów rzeczowych ZN-97/TPS.A. 040. Jak wyjaśnił odwołujący w żadnej

w wyliczonych pozycji nie uwzględniono wymaganych i niezbędnych do prawidłowego wykonania złączek dwukielichowych do łączenia rur. Konsorcjum przyjęło cenę za 1mb rury w kwocie 21,00 zł i również w tym przypadku nie może się tłumaczyć, że cena złączki została uwzględniona w cenie rury HDPE 110, gdyż cena tej rury jest właśnie taka jak wskazana w kosztorysie, wynika to również z ofert załączonych jako dowody do wyjaśnień. Co prawda Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie ofertę Poltel. Jednak w ocenie odwołującego oferta ta w tym zakresie była nieaktualna, bowiem trzeba wskazać, że każdy

z wykonawców w postępowaniu, korzysta z ofert tych samych dostawców i również odwołujący w tym zakresie otrzymał aktualizację oferty, wynikającą ze zmiany treści SWZ. Cena za złączkę w przypadku oferty POLTEL 1,12 zł (złączka bez

uszczelki) lub opcja złączki z uszczelką 1,36 zł w odniesieniu do 1mb rury, w przypadku Forsystem to koszt 0,77 złączkę, nie sposób zatem przyjąć, że koszt ten został w kalkulowany w cenę oferty, w zakresie kosztu rury, bowiem w obu przypadkach (oferta Poltel, oferta Forsystem) przekraczałyby wskazaną przez Konsorcjum kwotę 21,00 zł.

W uzasadnieniu prawnym odwołujący wskazał, że powyższa argumentacja i przytoczone dowody jednoznacznie potwierdzały, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum były niespójne, wewnętrznie sprzeczne a ich treść potwierdza, że wykonawca ten w sposób błędny i nierzetelny dokonał kalkulacji ceny oferty i w zaoferowanej cenie nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. Nieuwzględnienie niezbędnych elementów

w wycenie, przygotowanie kosztorysu z cenami materiałów poniżej kosztów ich zakupów, czy też sprzeczność oświadczeń w zakresie przygotowania kosztorysu w oparciu o oficjalne cenniki Skocenbud z I kwartału 2023 r., a faktyczne zaniżanie tych cen w kosztorysie załączonym do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przesądza o fakcie, że cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska. Konsorcjum nie było w stanie przedstawić rzetelnej i spójnej kalkulacji właśnie ze względu na nierealną cenę oferty. Odwołujący wskazał przy tym, że to na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ciąży obowiązek wykazania, że cena ta jest realna, poparta konkretnymi wyliczeniami i kalkulacją. Natomiast wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie dość, że nie potwierdzały realności tej ceny, to poprzez informacje w niej zawarte dają podstawy do stwierdzenia, że cena ta jest rażąco niska. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum celowo manipulowało informacjami, przedstawianymi kosztami oraz przygotowało wyjaśnienia w formie trudnej do weryfikacji, właśnie w celu ukrycia faktu zaoferowania ceny nierealnej i nierynkowej. Mając na względzie argumentację merytoryczną przedstawioną w treści odwołania, odwołujący uznał, że Konsorcjum nie sprostało obowiązkowi zawartemu w art. 224 ust. 5 Pzp i nie wykazało, że ceny oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska. Na podstawie tak przygotowanych wyjaśnień zamawiający nie powinien był uznać, że cena oferty Konsorcjum jest realna i tym bardziej dokonać wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zdaniem odwołującego jeżeli treść kosztorysu, który rzekomo miał potwierdzać realność zaoferowanej ceny, z jednej strony była sprzeczna z cennikami Sekocenbud za I kwartał 2023 r., chociażby w zakresie kosztów pośrednich, jak również kosztów sprzętu, z drugiej nie zawierała niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia materiałów, ceny tych materiałów z kosztorysu są niższe niż ceny w ofertach mających stanowić dowody potwierdzające właśnie realność tych cen, to nie sposób uznać, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia uzasadniają cenę podaną

w ofercie. Złożenie takich wyjaśnień stanowi niezaprzeczalną podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum, bowiem należy je uznać za niekompletne i nierzetelne.

W zakresie zarzutu z pkt 4 odwołujący stwierdził, że jak już wielokrotnie podnosił odwołujący i co wynika bezpośrednio z argumentacji przedstawionej w odniesieniu do zarzutów 2 i 3, w wyjaśnieniach Konsorcjum znalazło się szereg okoliczności wskazujących wprost na manipulację poszczególnymi pozycjami kosztowymi, polegające np. na stosowaniu różnych cen do tego samego kosztu wykorzystania identycznego sprzętu,

w zależności od wielkości danej pozycji. Zatem przy znacznej liczbie m-g z niewiadomych przyczyn cena za m-g pracy tego samego sprzętu jest dwa razy niższa. Dodatkowo cena ta niższa jest od oficjalnych cenników Sekocenbud za I kwartał 2023 r., na które Konsorcjum powołuje się przy kalkulacji ceny oferty. Odwołujący wyjaśnił, że to tylko jeden z wielu przykładów na jakie wskazywał świadczących o tzw. „inżynierii cenowej” stosowanej przez Konsorcjum. Zmiana cen na które sam powołuje się wykonawca, zaniżanie cen materiałów poniżej kosztów ich zakupu, nieuwzględnianie koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia materiałów, wszystkie te elementy miały na celu ukrycie faktu, że zaoferowana cena jest ceną znacznie poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zaś sposób przedstawienia wyjaśnień miał na celu ukrycie podjętych przez wykonawcę działań, tj. manipulacji.

Zdaniem odwołującego Konsorcjum działając z góry powziętym zamiarem, dążyło do ukrycia rzeczywistych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, mając pełną świadomość faktu, że nie jest możliwe wyjaśnienie przyczyn tak znacznego obniżenia ceny w ofercie. Zatem złożenie wyjaśnień w tej formie potwierdziło złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż było próbą wprowadzenia w błąd zamawiającego i ukrycia okoliczności faktycznych leżących u podstaw tak niskiej ceny, tj. wyeliminowania konkurencji w tak znaczącym dla rynku postępowaniu.

Co do zarzutu z pkt 5 odwołujący wyjaśniał, że w uzasadnieniu zarzutów 2 i 3 wskazał na wiele przykładów wskazujących, że Konsorcjum w swojej ofercie nie uwzględniło wymagań zamawiającego, jednoznacznie i wprost określonych w dokumentach zamówienia. Kosztorys szczegółowy złożony wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, który miał rzekomo potwierdzać realność zaoferowanej ceny, sam w sobie wykazał, że Konsorcjum pominęło materiały niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, czy też uwzględniło materiały o innych parametrach niż te wymagane przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego wskazane okoliczności potwierdzały, że oferta Konsorcjum pod względem merytorycznym była przygotowana w sposób sprzeczny z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia. Tego typu okoliczności nie sposób tłumaczyć „omyłką”, czy błędem, który jest bez znaczenia, bowiem to wykonawca jako profesjonalista powinien zapoznać się szczegółowo z dokumentacją postępowania, uwzględnić tym samym wszystkie niezbędne elementy do wykonania przedmiotu zamówienia, szczególnie

w przypadku postępowania tak newralgicznego i istotnego z punktu widzenia bezpieczeństwa narodowego. Ponadto wykonawca wykazujący się tak daleko idącym brakiem rzetelności, już na etapie składania ofert z pewnością nie daje rękami należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Bez wątpliwości zaś przytoczone okoliczności przesądza, że pod względem merytorycznym oferta Konsorcjum jest niezgodna

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący również wskazał, że kosztorys szczegółowy jest nierozdzielalną częścią oferty, bowiem stanowi on podstawę, na której każdy wykonawca przygotował kosztorys uproszczony. Jeżeli zatem zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia zawarte

w kosztorysie szczegółowym jest zobowiązaniem sprzecznym z warunkami zamówienia, to przesądza to niezgodności oferty z treścią warunków zamówienia.

W zakresie ostatniego ze wskazanych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że powyższe okoliczności jednoznacznie wskazały, że zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum niezgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia rażąco niskiej nie dość, że nie potwierdziły realności ceny zaoferowanej w postępowaniu, to błędy

w niej zawarte, wewnętrzna ich sprzeczność prowadzą do wniosku, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z treścią warunków zamówienia. Przede wszystkim zaś wyjaśnienia te potwierdziły, że Konsorcjum dokonało nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty. Wszystkie te okoliczności skutkować winny odrzuceniem oferty Konsorcjum, stąd wybór dokonany przez zamawiającego w postępowaniu nie powinien się ostać.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ASD Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

W dniu 19 października 2023 r. Konsorcjum złożyło pismo procesowe, zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Konsorcjum w pierwszej kolejności odniosło się do zastrzeżeń od 1-17 uzasadnienie odwołania. Konsorcjum zauważyło, że zgodnie z art. 527 Pzp na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

W tym miejscu Konsorcjum wskazało, iż dnia 10 sierpnia 2023 r. odwołujący się przystąpiło, po stronie zamawiającego, do postępowania odwoławczego sygn. akt. KIO 2328/23 wywołanego odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum, na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Konsorcjum (przystępującego w tym postępowaniu). Wskazać należy, iż wyrokiem z dnia 22 sierpnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w całości odwołanie Konsorcjum jednocześnie nakazując zamawiającemu :

1) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) dokonać korekty innych omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w pozycjach kosztorysu będącego załącznikiem do oferty Konsorcjum zakwestionowanych przez zamawiającego

w decyzji z dnia 28 lipca 2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego poprzez usunięcie pozycji nadmiarowych w kosztorysie względem pozycji podstawowej przedmiaru robót przekazanego wykonawcom oraz zastąpienie opisu pozycji w kosztorysie innej od wskazanej w odpowiedniej pozycji przedmiaru robót na opis odpowiadający opisowi danej pozycji

z przedmiaru robót;

3) dokonać ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum.

Dalej, z uzasadnienia wyroku z dnia 22 sierpnia 2023 r. wprost wynikało, że Izba ustaliła, że pomiędzy opisami i przywołanymi pozycjami KNR istniały rozbieżności (...). Izba ustaliła jednak, że „kwestionowane zmiany nie skutkują błędem w obliczeniu ceny i zakresu prac

i sprowadzają się do błędów w opisie lub dodatkowych pozycjach doszczegóławiających pozycję podstawową.

Skorygowanie błędów poprzez dostosowanie opisu kosztorysu do opisu z przedmiaru robót Zamawiającego lub poprzez usunięcie pozycji doszczegóławiających pozycję z przedmiaru robót pozostają bez wpływu na ocenę ofertową Odwołującego się”. Dalej na stronie 14 uzasadnienia wyroku wyraźnie Izba wyraźnie wskazała, że usunięcie omyłek nie powoduje zmiany ceny oferty ani innych jej istotnych parametrów. Zmiana odnosi się do opisu pozycji, która pod względem ilościowym odpowiada pozycji wymaganej przez SWZ lub usunięciu nadpisanych do pozycji zgodnej z SWZ pozycji doszczegóławiających pozycję podstawową uwzględnionych w cenie pozycji podstawowych zgodnych z SWZ. Zmiany opisu pozycji kosztorysowych i usunięcia pozycji nadmiarowych nie mają wpływu na klasyfikację cenową ofert.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Konsorcjum, odwołującemu nie przysługiwało prawo do złożenia odwołania od czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z orzeczeniem Izby. Zamawiający bowiem z uwagi na treść wyroku z dnia 22 sierpnia 2023r. oraz dokonane przez Izbę ustalenia co do charakteru i wpływu niezgodności zobowiązany był do usunięcia nieistotnych nieścisłości w ofercie Konsorcjum w sposób, który nie wpływa na zmianę ceny.

Niezależnie od powyższego, Konsorcjum wskazało, iż nawet w przypadku uznania, że zamawiający naruszył przepisy w zakresie dokonania zmian w ofercie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, podnieść należy, iż odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którym celem jest zmiana sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości wyboru oferty wykonawcy odwołującego się. Celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem *in abstracto*. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów opisanych w uzasadnieniu odwołania pkt 1-17 skutkować powinno w ocenie Konsorcjum – przy założeniu słuszności stanowiska odwołującego, czemu Konsorcjum zaprzeczyło – wróceniem sprawy do etapu korygowania przez zamawiającego zgodnie

z wyrokiem KIO 2328/23 czyli bez rzeczywistego wpływu zmian na cenę całkowitą oferty. Powrót postępowania do tego etapu skutkuje tym, że oferta Konsorcjum jest nadal ofertą najkorzystniejszą, spełniającą warunki określone przez zamawiającego w SWZ,

z najlepszym bilansem ceny oraz kryteriów jakościowy. Odwołujący zatem, w ocenie Konsorcjum, w zakresie omawianych zastrzeżeń nie ma interesu prawnego w jego wniesieniu. Podkreślić przy tym należy, że wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 Pzp zawsze prowadzić musi do oddalenia odwołania.

Odnosząc się zaś do dalszej argumentacji przedstawionej w odwołaniu Konsorcjum wskazało:

- ad. 18 – pierwsze przedłożone przez Konsorcjum przedmiary są z dnia 5 czerwca 2023 r. We wskazanej dacie Konsorcjum rozpoczęło proces wyceny. W tamtym czasie Konsorcjum nie posiadało cennika na II kwartał 2023 r., gdyż ten kwartał jeszcze trwał, a cenniki sporządzane są „do tyłu”. Drugi kwartał 2023 r. zakończył się w czerwcu 2023 r., więc cenniki na ten kwartał były dostępne dopiero w drugiej połowie miesiąca lipca 2023 r. Konsorcjum zaznaczyło, iż wersja licencji jaką posiada przewiduje dostarczenie aktualizacji w drodze korespondencyjnej na płycie CD. Taką płytę Konsorcjum miało otrzymać w drugiej połowie miesiąca lipca 2023 r., tj. dopiero po upływie pierwotnego terminu otwarcia ofert.

Z załączonej przez odwołującego dokumentacji (zał. nr 7.) nie wynika, iż w kwietniu 2023 r. dostępny był cennik na II kwartał 2023r., gdyż odwołujący załączył zakup kwartału I, co może świadczyć o próbie wprowadzenia w błąd składu orzekającego rozpatrującej niniejszą sprawę. W temacie „znacznego wzrostu stawek” Konsorcjum wskazało, iż zachodniopomorskie (siedziba firmy) I kw. 29,77 II kw. 29,89 – co trudno nazwać w naszej ocenie znacznym wzrostem (12 gr). Zdaniem Konsorcjum ewentualny zarzut manipulacji mógłby być rozważany gdyby Konsorcjum zastosowało koszt r-g w miejscu wykonania zamówienia, który jest niższy (lubuskie 1 kw. 26,60 2 kw. 27,92). Różnica między lubuskim

a zachodniopomorskim to 3,17 groszy. Baza cenowa Sekoncenbud nie musi się odnosić do wszystkich elementów kosztorysu i tak, jak wskazał w wyjaśnieniach (materiały pomocnicze);

- ad. 19-21 – odnosząc się do powyższych zarzutów Konsorcjum wskazało, iż w jego ocenie podniesione przez odwołującego argumenty są bezzasadne. Wysokość kosztów pośrednich bowiem kształtowana jest indywidualnie w zależności od inwestycji. Konsorcjum

w wyjaśnieniach wyraźnie napisało w jakim kontekście korzysta z cennika Sekoncenbud. Konsorcjum nie wspomniało o

kosztach pośrednich, które wykonawca kształtował indywidualnie. W żadnym z pism nie powoływało się na stawkę kosztów pośrednich wg Seckoncenbud. W tym miejscu Konsorcjum podkreśliło ponownie, że z załączonej przez odwołującego dokumentacji (zał. nr 7.) nie wynikało, iż w kwietniu 2023 r. dostępny był cennik na drugi kwartał 2023 r. Z załączonej przez odwołującego dokumentacji wynikało jedynie, że dokonał on zakupu odnoszącego się do pierwszego kwartału - kw. I;

- ad. 22 – na początku Konsorcjum wskazało, iż zamawiający nie umieścił w przedmiarze pozycji dotyczącej obsługi geodezyjnej, natomiast próba uzupełnienia skończyłaby się zarzutem dopisywania pozycji do przedmiaru. Znajac specyfikę zamawiającego Konsorcjum przyjęło w punkcie rezerwa KP. Jednocześnie zaznaczyło, iż zamawiający nie wymagał ścisłego określenia elementów wchodzących w skład kosztów pośrednich;

- ad. 23-25 – wycena wywiezienia gruzu zawierała opłatę wysypiskową wbrew twierdzeniom odwołującego, a cała pozycja została wyceniona na podstawie wskazanego KNR. Ponadto wycena tej pozycji była jak najbardziej rynkowa. Odnosząc się do twierdzeń dotyczących cen rynkowych Konsorcjum poinformowało, iż przykładowa firma ecoexpress24.pl w cennikach

z miesiąca marca 2023 r. wycenia wywóz i utylizację kontenera o pojemności 2 m³ gruzu na 170 zł brutto. Dla przykładu: materiał papa (kod odpadu: 700380) jako materiał bardzo trudny do utylizacji, a wywóz i utylizacja (z pomocą kontenera) 2 m³ – koszt 907,20 zł brutto. Ponadto na stronie internetowej kb.pl aktualizacja na dzień 1 października 2023 r. dla województwa zachodniopomorskiego wywóz 6 m³ odpadów budowlanych (kontener) zawarta jest w przedziale 742-792 zł, co w przeliczeniu na 1 m³ daje ok. 110 zł brutto. Wobec powyższego wskazana przez odwołującego wartość wywozu gruzu z opłatą na wysypisko

w kwocie 2818,64 zł netto/m³ była indywidualną wyceną, ale rynkową i realną;

- ad. 26-31 – z uwagi na posiadanie własnego sprzętu oraz po przeanalizowaniu kosztorysu wykonanego na podstawie przedłożonego przez zamawiającego przedmiaru Konsorcjum ustaliło zapotrzebowanie niezbędnej ilości m-g dla poszczególnych rodzajów sprzętów wskazanych w kosztorysie. W pierwszej kolejności dla wykonania zadania uwzględniono sprzęt własny oraz stawki własne uwzględniające jedynie koszty jego zużycia i amortyzacji. Uzupełniono pozostałą ilość m-g niezbędnych dla wykonania przedmiotu zadania sprzętem dzierżawionym od podmiotu trzeciego, dla którego przyjęto stawki dla I kw. Sekoncenbudu, np. poz. 5 z tabeli Sprzęt - kop.j-nacz. 0,25 m³ (1); stawka m-g 60,55 jest to sprzęt własny, natomiast poz. 6. z tabeli „Sprzęt” – kop.k-nacz 0,25 m³ (2); stawka m-g 123,03 jest to sprzęt dzierżawiony, stąd wyższa stawka oraz analogicznie poz. 13 z tabeli „Sprzęt” – samochód samowytładowawczy; stawka 8,27 jest to sprzęt własny, natomiast poz. 14 z tabeli „Sprzęt” – samochód samowytładowawczy 5 t – sprzęt dzierżawiony, stąd wyższa stawka poz. 4 (Kop.j-nacz 0,15m³), poz. 16 (spawarka do światłowodów), poz. 19 (urządzenia do przecisków hydraulicznych oraz poz. 20 (urządzenie przeciskowe) jest to sprzęt własny;

- ad. 32 – zgodnie z wezwaniem zamawiającego dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum złożyło wszystkie wymagane dokumenty. Stanowisko odwołującego się

w zakresie działań celowych Konsorcjum jako niemerytoryczne Konsorcjum pozostawiło bez jakiegokolwiek komentarza;

- ad. 33-34 – po weryfikacji dokumentacji projektowej ustalono, iż wskazany w przedmiarze adapter LC/LC simplex jest wpisany błędnie, natomiast potrzebą zamawiającego jest montaż adapterów LC/PC duplex, o czym odwołujący wie, gdyż również weryfikował dokumentację projektową. Jeżeli jest tak, jak odwołujący wspomina, każdy z wykonawców otrzymał tę samą ofertę od tego samego dostawcy, to oznacza, iż odwołujący również otrzymał ofertę na adaptery LC/PC duplex. Ponadto koszt adaptera duplexowego to 3,20, natomiast simplex 1,20, co oznacza, że wartość naszej oferty byłaby jeszcze niższa przy zastosowaniu adapterów simplex;

- ad. 35 – w tej sytuacji (na przykładnie poz. 342 kosztorysu) dla pokrywy na koryto przyjęto wartość cennika Sekoncenbud I kw. 2023 zachodniopomorskie – 5,78 zł netto. W cenniku tym nie ujęto wartości zapinki, która jest marginalna, z tego względu podniesiono wartość pokrywy na koryto do 5,92 zł netto;

- ad. 36 – różnica między 5,50 zł netto (Forsystem Sp. z o.o.) a 4,18 zł netto (kosztorys) = 1,38 zł x 3937,50 stanowi nieistotną omyłkę, a nie jak podnosi odwołujący celowe działanie. Różnica wartości stanowi kwotę 5197,50 zł netto. Mając na uwadze wartość przedmiotu zamówienia i wartość różnicy nie ma wątpliwości co do tego, że działaniu Konsorcjum nie można przypisać cech manipulacji;

- ad. 37 – wartość materiału wg KNR nr AT-13 0104-23 wynosi 55 zł/szt. Z uwagi na to, że

w wykazie materiałowym (poz. nr 164) zamawiający wskazał na wykonanie przepustu ściennego 110 systemowego, założono i przypisano cenę jak dla przepustu szczelnego 110 stosowanego dla instalacji kanalizacyjnych i gazowych, tj. wartość 164,56 zł/szt. Odwołujący próbuje powołać się na ofertę firmy Forsystem Sp. z o.o., natomiast Konsorcjum nie brało pod uwagę tej oferty z powodu tego, że żaden z dostawców nie miał stosownej wiedzy co do systemu objętego postępowaniem;

- ad. 38– 9 – w ramach pozycji kosztorysowych nr 468 i 491 doszło do nieistotnej omyłki. Konsorcjum wpisało wartość o różnicy 60 zł łącznie (dla 468) oraz 191,26 zł łącznie (dla 491). W tym miejscu Konsorcjum wskazało, iż podobnego rodzaju omyłki zostały przez nas dostrzeżone w wycenie odwołującego (dział 5.9, poz. 5.9.10 kosztorysu ofertowego odwołującego), w którym nie uwzględnił on wszystkich, tzn. 49 szt. kart modemowych do koncentratora DSLAM o szacunkowej wartości 49x3018,75 zł netto/szt. (pkt 89 przedmiaru), co stanowi względem zarzutów wobec nas o wiele wyższą wartość;

- ad. 40-42 – Konsorcjum wskazało, że określona przez odwołującego zmiana klimatyzatorów została uwzględniona w najnowszym przedmiarze w kontekście jednego parametru (moc 3,6 kW, moc 8,1 kW). Mimo to odwołujący zarzuca Konsorcjum fakt zaproponowania korzystniejszego dla zamawiającego rozwiązania w postaci klimatyzatora o zwiększonych parametrach niż wymagane przez zamawiającego, tym bardziej nie stanowi to o zaniżeniu wartości zadania;

- ad. 43 – w przedmiarze nie ma żadnej pozycji, do której można by przyporządkować wskazany przez odwołującego kabel YKY 0,61 kV 5x16 RE mm² ELPAR (25 metrów). Konsorcjum poinformowało, że zadanie zostanie wykonane zgodnie z dokumentacją projektową oraz z materiałów w niej wskazanych;

- ad. 44 – niniejszy zarzut jest analogiczny do sytuacji związanej z szacowaniem przez odwołującego kosztów wywozu gruzu budowlanego. Wycena drzwi stalowych RC3 przez odwołującego jest tylko i wyłącznie jego stanowiskiem przyjętym na potrzeby niniejszego postępowania. Niemniej jednak Konsorcjum wskazało, iż według jego wiedzy wskazane przez odwołującego drzwi są dostępne w cenach wskazanych przez Konsorcjum, np. drzwi stalowe wejściowe antywłamaniowe RC3 pełne SICURO 68 cena netto 2999 zł, drzwi stalowe wewnętrzne antywłamaniowe Metz RC3 centa netto 2859 zł;

- ad. 45 – kosztorys został wykonany zgodnie z przedmiarem wskazanym przez zamawiającego. Rozdzielnice oczywiście zostały uwzględnione wbrew temu, co twierdzi odwołujący. Zarzut niewłaściwy, gdyż w poz. 488 kosztorysu zamiast rozdzielnicy 1x12mod p/t wstawiono rozdzielnicę 1x12mod n/t. Zarzut niewłaściwy, gdyż w poz. 417,422,444 kosztorysu zamiast rozdzielnicy 2x12mod p/t wstawiono rozdzielnicę 2x12mod n/t. Zarzut niewłaściwy, gdyż w poz. 389,445 Kosztorysu zamiast rozdzielnicy 3x12mod p/t wstawiono rozdzielnicę 3x12 mod n/t. Zdaniem Konsorcjum, odwołujący myli się również co do tego, że jest to zupełnie inny materiał. Jest to ten sam materiał, a różniącym się nieznacznie kształtem oraz sposobem montażu;

- ad. 46-47 – Konsorcjum wskazało, iż odwołujący nie ma racji, gdyż masa ognioodporna została uwzględniona. Z uwagi na fakt, iż zamawiający w wykazie materiałów stanowiącym załącznik do przedmiaru nie umieścił masy ognioodpornej dla wykonania przepustów specjalnych, to oczywistym dla Konsorcjum było to, iż te materiały zawierają się w pozycji kosztorysowej nr 350 poz. 3* (materiały pomocnicze) 10% od M;

- ad. 48 – zarówno karta komunikacyjna, jak i komplet przewodnic do montażu w szafach zostały uwzględnione w cenie kompletnego zasilacza awaryjnego. Nie jest to błąd, tylko kwestia porządkowa, niemająca wpływu na wartość oferty;

- ad. 49 – niniejszy kosztorys składa się z 835 pozycji, 303 stron i w tym jedynym przypadku doszło do omyłki (oferta dostawcy Poltel nieświadomie wprowadziła kosztorysanta w błąd, która zawierała informację dotyczącą złączek, które są w cenie rury). Łączny koszt złączek o całkowitej wartości 3.578,96 zł netto nie został uwzględniony, jednakże patrząc przez pryzmat całkowitej wartości zadania oscylującej przy wartości ok 19 mln zł brutto, wykonawca oświadcza, iż wskazane złączki muszą i będą zastosowane przy niniejszym zadaniu, gdyż wymaga tego proces technologiczny;

- ad. 50 – z uwagi na to że w zestawieniu materiałów stanowiącego załącznik do przedmiaru zamawiający nie uwzględnił złączek dla rury HDPE 110 – konsorcjum przyjęło, iż w tym przypadku zastosowane zostaną rury kielichowe, które nie wymagają montażu złączek. Wobec powyższego zarzut odwołującego jest bezzasadny. Konsorcjum nadmienilo, iż podobnego rodzaju omyłki (jednakże na o wiele wyższą kwotę) również zostały przez nas dostrzeżone w wycenie odwołującego (dział 5.9, poz. 5.9.10 kosztorysu ofertowego odwołującego), w którym nie uwzględnił on wszystkich, tzn. 49 szt. kart modemowych do koncentratora DSLAM o szacunkowej wartości 49x3018,75 zł netto/szt. (pkt 89 przedmiaru), co stanowi względem zarzutów wobec nas o wiele większą wartość. Odnosząc się do punktów odwołania zawartych w części Uzasadnienie prawne, Konsorcjum kategorycznie zaprzeczyło, aby jego oferta stanowiła umyślną manipulację mającą na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w jakimkolwiek zakresie. Zaprzeczyło także, aby jego działania w ramach toczącego się postępowania stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, jak to podnosi odwołujący. Stanowisko prezentowane przez odwołującego jest jedynie jego subiektywną oceną nie mającą poparcia w obiektywnych dowodach znajdujących się w aktach postępowania.

W dniu 19 października 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, która zawierała oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 20 października 2023 r. Konsorcjum złożyło oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

W dniu 24 października 2023 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację polegającą na omówieniu części dowodów złożonych w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 października 2023 r. Konsorcjum przedstawiło pismo procesowe, w którym przedstawiło swoje stanowisko dotyczące zarzutów odnoszących się do: zmiany treści oferty oraz rażąco niskiej ceny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ASD Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwanym dalej: „przystępującym” lub nadal: „Konsorcjum”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania w tej sprawie po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp rozpoznała odwołanie w przedmiotowej sprawie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 października 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo z dnia 6 września 2023 r. w sprawie poprawienia przez zamawiającego innych omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w kosztorysie ofertowym złożonym przez przystępującego;
- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 6 września 2023 r., skierowane do przystępującego na podstawie art.

224 ust. 1 i ust. 2 Pzp;

- wyjaśnienia z dnia 13 września 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- pismo z dnia 22 września 2023 r. skierowane do przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień;
- wyjaśnienia z dnia 27 września 2023 r. złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 września 2023 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- potwierdzenie zakupu Sekocenbud;
- strona startowa Sekocenbud;

3) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- plik dotyczący wykonania usług geodezyjnych;
 - wydruk ze strony Sedlak & Sedlak dotyczący wynagrodzenia kierownika budowy;
 - zaświadczenia o dochodach kierownika budowy, kierownika robót, specjalisty ds. rozliczeń i dokumentacji, montera linii telekomunikacyjnych (w 4 egzemplarzach) oraz operatora koparki;
 - zestawienie własne kosztów gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej dotyczącej dobrego wykonania i gwarancji jakości;
 - opracowanie własne dotyczące kosztów sporządzenia dokumentacji powykonawczej;
 - fakturę zakup dostępu do Sekocenbud;
 - wydruk artykułu dotyczącego wzrostu płacy minimalnej pt. *Podwyżka płacy minimalnej 2024. Tyle zapłacą za nią firmy*, gazetaprawna.pl, artykuł z 12 lipca 2023 r.;
 - zestawienie wynagrodzeń;
 - symulację stawki minimalnej od 1 stycznia 2024 r.;
 - wydruk ze strony ecoexpress24.pl – wywóz gruzu;
 - zestawienie różnic w koszcie sprzętu;
 - kosztorys szczegółowy złożony przez Konsorcjum w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z zaznaczeniem wszystkich pozycji, które zostały albo błędnie skalkulowane, na które to pozycje wskazywał odwołujący w treści odwołania albo które zawierają błędy w postaci nieuwzględnienia koniecznych materiałów albo przypisania niewłaściwych materiałów do danej pozycji;
 - oferty dostawców podane przez przystępującego POLTEL i FORSYSTEM z zaznaczeniem kolorem czerwonym pozycji, które nie zostały uwzględnione w cenie oferty Konsorcjum, a jednocześnie Konsorcjum powoływało się na te dokumenty jako potwierdzenie realności kosztów materiałów;
- 4) dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego:
- faktury z 1 sierpnia 2023 r., 3 kwietnia 2023 r. i 1 czerwca 2023 r., które prezentowały wynagrodzenie kierownika budowy;
 - wydruki ze strony internetowej ecoexpress24.pl dotyczące cen za odbiór papy i czystego gruzu.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 6 września 2023 zamawiający, wykonując wyrok Izby z dnia 22 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2328/23, poinformował przystępującego, że na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym, poprawił inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający opisał w jaki sposób dokonał przedmiotowej poprawy.

Ponadto zamawiający w ww. piśmie wskazał:

Poprawienie omyłek pozostaje bez wpływu na cenę ofertową Konsorcjum. Zamawiający wyznacza Konsorcjum termin na wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty lub zakwestionowanie ich poprawienia do dnia 11.09.2023 r. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłek.

Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy, który w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

Przystępujący nie odpowiedział na powyżej wskazane pismo.

Tego samego dnia tj. 6 września 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty. Zamawiający w treści przedmiotowego wezwania wskazał m. in.:

Zamawiający oczekuje uszczegółowienia wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, w szczególności przedstawienia ceny materiałów potwierdzonych kopią ofert dostawców oraz złożenia wyjaśnień w sprawie kalkulacji kosztów „robocizny” wraz z narzutami i kosztów sprzętu.

Zamawiający wymaga wyjaśnienia ceny oferty w formie kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej.

W dniu 13 września 2023 r., przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w postaci:

- 1) oświadczenia wykonawcy z dnia 13 września 2023 r.;
- 2) kosztorysu szczegółowy – z uwzględnieniem poprawy przez zamawiającego innych omyłek pismem z dnia 6 września 2023 r.;
- 3) świadectwa akredytacji wydanego do dnia 31 sierpnia 2026 r.;
- 4) wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie w czwartym kwartale roku 2023;
- 5) zestawienia robocizny (R);
- 6) Zestawienia sprzętu (S);
- 7) wyliczenia kosztów pozaprzemysłowych;
- 8) oferty z dnia 6 lipca 2023 r. firmy POLTEL Telecom Sp. z o.o. Sp. K. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;
- 9) oferty z dnia 7 lipca 2023 r. firmy Forsystem Sp. z o.o. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;
- 10) oferty z dnia 4 lipca 2023 r. firmy Hurt-Tel Sp. z o.o. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;
- 11) oferty z dnia 28 czerwca 2023 r. firmy Netline Sp. z o.o. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;
- 12) oferty z dnia 7 lipca 2023 r. firmy KLIMANKO – I. M. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;

13) oferty z dnia 30 czerwca 2023 r. firmy ANMARO Sp. z o.o. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ;

14) oferty z dnia 26 czerwca 2023 r. firmy WATECH Ł. W. na zakup materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z SWZ.

Pismem z dnia 22 września 2023 r. zamawiający przesłał przystępującemu wezwanie, w którym wskazał m. in., że *analizując kosztorys szczegółowy, złożony przez Konsorcjum (...) w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stwierdził różnicę pomiędzy wartością kosztorysu szczegółowego a wartością kosztorysu ofertowego w kwocie 30 557,23 brutto.*

Biorąc pod uwagę orzeczenie KIO, zgodnie z którym poprawienie innych omyłek pozostaje bez wpływu na cenę ofertową Konsorcjum, Zamawiający wzywa Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej sprawie.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przesłał zamawiającemu wyjaśnienia z dnia 27 września 2023 r., w których stwierdził m. in.:

(...) iż różnica pomiędzy wartością kosztorysu szczegółowego a wartością kosztorysu ofertowego z dnia 11 lipca 2023 r. w kwocie 24 843,27 zł netto wynika z błędnie zinterpretowanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wobec pisma Zamawiającego dot. poprawienia omyłek pisarskich z dnia 6 września 2023 r. - tzn. błędnie naniesiono zmiany w pozycjach kosztorysu szczegółowego zamiast w pozycjach kosztorysu ofertowego.

(...)

— wskazane w piśmie podlegały usunięciu z kosztorysu ofertowego, gdyż zawierały się one już w pozycjach „głównych” i koniec końców tak zostało uczynione, bowiem wartość kosztorysu ofertowego, zgodnie z sentencją Krajowej Izby Odwoławczej nie ulega zmianie, tzn. wynosi 15 361 901,00 zł netto (słownie: piętnaście milionów trzysta sześćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset jeden 00/100).

Mając powyższe na uwadze zdaniem Wykonawcy w związku z omyłką konieczne jest unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich wykonanych w kosztorysie szczegółowym, stosownie do pisma Zamawiającego

z dnia 6 września 2023 roku i dokonanie poprawek oczywistych omyłek pisarskich

w kosztorysie ofertowym (zamiast w szczegółowym), stosownie do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie oświadczamy, że wyrażamy zgodę na dokonanie poprawek

w kosztorysie ofertowym stosownie do przywołanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w ramach niniejszego postępowania.

W dniu 29 września 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

(...)

7) *została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

(...)

10) *zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

- art. 224 ust. 5 i 6 Pzp – 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.;*

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;*

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*

2) *przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.;*

- art. 17 Pzp – 1. *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

1) *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*

2) *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

2. *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

3. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania*

o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania Izba w pierwszej kolejności odniosła się do argumentacji podniesionej przez przystępującego, która wskazywała, że odwołujący kwestionował czynność zamawiającego wykonaną zgodnie

z treścią wyroku Izby lub sądu, na którą odwołanie nie przysługiwało. Ponadto przystępujący podniósł, że odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu nie miał interesu prawnego

w jego wniesieniu. Skład orzekający nie zgodził ze stanowiskiem przystępującego.

Po pierwsze należało wskazać, że zamawiający wystosował w dniu 6 września 2023 r. do przystępującego dwa pisma.

Pierwsze pismo stanowiło wykonanie wyroku Izby z dnia 22 sierpnia 2023 r. o sygn. akt. KIO 2328/23 i dotyczyło poprawienia innych omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w złożonym przez Konsorcjum kosztorysie ofertowym, natomiast drugie pismo dotyczyło wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W przypadku tego pierwszego pisma zamawiający wyraźnie wskazał, że *Poprawienie omyłek pozostaje bez wpływu na cenę ofertową Konsorcjum. Zamawiający wyznacza Konsorcjum termin na wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty lub zakwestionowanie ich poprawienia do dnia 11.09.2023 r. Brak odpowiedzi*

w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłek. Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy, który w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp. Przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do powyższego pisma, tj. nie przesłał w określonym terminie odpowiedzi zamawiającemu, ani nie kwestionował sposobu dokonania poprawek innych omyłek dokonanych przez zamawiającego przez wniesienie środka ochrony prawnej. Tym samym Izba stwierdziła, że przystępujący zaakceptował sposób poprawy innych omyłek dokonany przez zamawiającego. Ponadto skład orzekający zauważył, że zamawiający w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości wskazał w piśmie przystępującemu, że poprawienie omyłek pozostawało bez wpływu na cenę ofertową Konsorcjum.

Jak wskazano powyżej drugie pismo skierowane do przystępującego w dniu 6 września 2023 r. stanowiło wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu tym zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga wyjaśnienia ceny oferty w formie kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej. Przystępujący pismem z dnia 13 września 2023 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 września 2023 r. Do wyjaśnień przystępujący załączył m. in. kosztorys szczegółowy – z uwzględnieniem poprawy przez zamawiającego innych omyłek pismem z dnia 6 września 2023 r. Zamawiający po analizie kosztorysu szczegółowego, złożonego przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, stwierdził różnicę pomiędzy wartością tego kosztorysu, a wartością kosztorysu ofertowego w kwocie 30 557,23 brutto. Tym samym zamawiający zwrócił się do przystępującego pismem z dnia 22 września 2023 r. z wnioskiem o wyjaśnienie przedmiotowej sprawy. Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia

27 września 2023 r. wyjaśnił z jednej strony, że wartość kosztorysu ofertowego, zgodnie z sentencją ww. wyroku nie ulega zmianie, natomiast z drugiej strony wskazał, że *wzwiązku z omyłką konieczne jest unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich wykonanych w kosztorysie szczegółowym, stosownie do pisma Zamawiającego z dnia 6 września 2023 roku i dokonanie poprawek oczywistych omyłek pisarskich w kosztorysie ofertowym (zamiast w szczegółowym), stosownie do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie oświadczamy, że wyrażamy zgodę na dokonanie poprawek w kosztorysie ofertowym stosownie do przywołanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w ramach niniejszego postępowania.*

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut z pkt 1 nie dotyczył czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z treścią wyroku Izby, ponieważ nie odnosił do czynności poprawy innej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale do czynności będących efektem badania oferty przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Co istotne odwołujący nie podważał, ani nie kwestionował kosztorysu ofertowego złożonego przez przystępującego, ani sposobu jego poprawy przez zamawiającego w dniu 6 września 2023 r. Skład orzekający stwierdził, że odwołujący całość swojej argumentacji skoncentrował na czynnościach, które nastąpiły po dokonanej przez zamawiającego poprawie innych omyłek. Argumentacja ta dotyczyła kosztorysu szczegółowego złożonego przez przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a przede wszystkim różnicy pomiędzy kwotą wynikającą z tego kosztorysu w stosunku do ceny ofertowej. Poza tym to przystępujący doprowadził do powstania zamieszania w tej kwestii, ponieważ z jednej strony nie wniósł zastrzeżeń do czynności poprawy innych omyłek, co należało interpretować jako ich zaakceptowanie, a z drugiej natomiast strony, dopiero po ustaleniu przez zamawiającego różnicy pomiędzy wartością kosztorysu szczegółowego a wartością kosztorysu ofertowego, próbował wyjaśniać, że *konieczne jest unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich wykonanych w kosztorysie szczegółowym, stosownie do pisma Zamawiającego z dnia 6 września 2023 roku i dokonanie poprawek oczywistych omyłek pisarskich w kosztorysie ofertowym (zamiast w szczegółowym).* Tym samym przystępujący w sposób zawołowany wskazał, że zamawiający błędnie poprawił treść złożonego przez niego kosztorysu ofertowego, gdyż ten miał zawierać jeszcze oczywiste omyłki pisarskie, które wpływały na sposób sporządzenia kosztorysu szczegółowego złożonego wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Przy czym wyjaśnienia te były prowadzone, w ocenie składu orzekającego, w związku z badaniem rażąco niskiej ceny. Kwestia rażąco niskiej ceny nie była przedmiotem rozpoznania

w sprawie o sygn. akt KIO 2328/23 w związku z tym nie można było stwierdzić, że przedmiotowy zarzut dotyczył czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. W konsekwencji zarzut z pkt 1 podlegał rozpoznaniu.

Przedmiotowy zarzut nie podlegał również oddaleniu ze względu na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. W przypadku potwierdzenia tego zarzutu oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu, co niewątpliwie miałoby wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziłoby do wyeliminowania oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza i ostatecznie skutkowałaby unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania Izba uznała, że podlegał on uwzględnieniu. Okoliczności prowadzące do powyższej konstatacji zostały szczegółowo opisane powyżej. Skład orzekający zwrócił uwagę, że przystępujący

w wyjaśnieniach z dnia 27 września 2023 r. z jednej strony przyznał, że wartość wynikająca z kosztorysu ofertowego nie ulega zmianie, ale z drugiej strony wskazał, że kosztorys ten zawierał oczywiste omyłki pisarskie (co do których nie było wcześniej mowy). W związku

z tym, że przystępujący przyznał, iż to kosztorys ofertowy zawierał jednak oczywiste omyłki pisarskie, a kosztorys szczegółowy (złożony wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny) nie wymagał takiego poprawienia, to należało uznać, że to kosztorys szczegółowy wskazywał ostateczną ceną realizacji zamówienia. Przy czym przystępujący ostatecznie podał

w kosztorysie szczegółowym inną cenę niż w kosztorysie ofertowym (tj. niższą o 30 557,23 zł brutto), co prowadziło do wniosku, że wykonawca ten dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty, zarówno wbrew wcześniejszemu wyrokowi Izby, jak i wbrew treści pisma zamawiającego dotyczącego poprawienia innych omyłek.

Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący, mając na względzie powyższe należało uznać, że złożone przez

przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym kosztorys szczegółowy doprowadziły do zmiany treści oferty złożonej przez tego wykonawcę,

a w konsekwencji stanowiły błąd w obliczeniu ceny, zatem zamawiający w tej sytuacji powinien odrzucić ofertę Konsorcjum. Tym samym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzuty koncentrujące się wokół zagadnienia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na treść wezwania z dnia 6 września 2023 r. W ocenie składu orzekającego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest bardzo istotnym dokumentem w kontekście badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, ponieważ to ono determinuje treść złożonych wyjaśnień. Jak wynika z treści wezwania zamawiający oczekiwał od przystępującego uszczegółowienia wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, w szczególności przedstawienia ceny materiałów potwierdzonych kopią ofert dostawców oraz złożenia wyjaśnień w sprawie kalkulacji kosztów „robocizny” wraz z narzutami i kosztów sprzętu oraz co istotne wymagał wyjaśnienia ceny oferty przystępującego w formie kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej. Ta ostatnia informacja dotycząca wymogu złożenia przez przystępującego kosztorysu, wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej, miała kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy. W tym kontekście Izba zauważyła, że sporządzenie kosztorysu metodą kalkulacji szczegółowej jest z pewnością bardziej czasochłonne i kosztowne od sporządzenia kosztorysu metodą kalkulacji uproszczonej, przez co sporządzenie kosztorysu szczegółowego wymaga od wykonawcy znacznie większego zaangażowania oraz nakładów, niż ma to miejsce w przypadku kosztorysu uproszczonego. Ponadto w kosztorysie szczegółowym położony jest nacisk na wyliczenie cen jednostkowych w pozycji kosztorysowej. Tym samym błędy popełnione w kosztorysie sporządzonym przez wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej powinny być oceniane dość restrykcyjnie i nie miał tutaj znaczenia fakt, że zamawiający wymagał złożenia takiego kosztorysu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie kwestionował czynności wezwania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez wniesienie odwołania na wcześniejszym etapie, przez co Izba nie badała zasadności wymogu złożenia kosztorysu szczegółowego w ramach wezwania.

Na marginesie należało wskazać, że przystępujący dopiero podczas rozprawy podnosił argument dotyczący niezasadności wymagania takiego kosztorysu w kontekście badania rażąco niskiej ceny. Izba uznała argumentację przystępującego w tym zakresie za spóźnioną i przygotowaną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 513 pkt 1 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten nie uzależnia możliwości wniesienia odwołania od wartości zamówienia i wprowadza zasadę możliwości zaskarżenia każdej niezgodnej z prawem czynności zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowania o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów. Ponadto art. 515 ust. 1 Pzp stwierdza, że początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania jest moment przekazania wykonawcy informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Tym samym jeśli przystępujący chciał kwestionować treść wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz okoliczności z nim związane to powinien wnieść odwołanie po jego otrzymaniu, tj. najpóźniej do 18 września 2023 r.

W związku z tym Izba skupiła się wyłącznie na ocenie tego czy udzielone przez przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czyniły za dość treści wezwania, a dokładniej czy złożony przez ww. wykonawcę kosztorys szczegółowy można było uznać za prawidłowy w kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu. Skład orzekający doszedł do przekonania, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy przystępujący nie obalił ciężaru dowodu, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, który w tej sytuacji procesowej na nim spoczywał. Przystępującego pograżyło w tym zakresie już ustalenie, które wynikało z rozstrzygnięcia poczynionego przy okazji zarzutu z pkt 1. Jak wskazano powyżej cena określona przez przystępującego w kosztorysie szczegółowym nie była tożsama z ceną podaną w kosztorysie ofertowym. Tym samym przystępujący wyjaśniał inną cenę niż została podana w ofercie, co w ocenie składu orzekającego dyskwalifikowało najistotniejszy dowód wymagany przez zamawiającego, czyli kosztorys szczegółowy, a w dalszej kolejności całe złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przystępujący próbował co prawda wyjaśnić powstałe rozbieżności pomiędzy złożonymi kosztorysami oczywistymi omyłkami pisarskimi jakie miały się pojawiać w kosztorysie ofertowym oraz wytycznymi wynikającymi z wyroku o sygn. akt KIO 2328/23, jednakże Izba uznała te wyjaśnienia za chybione. Po pierwsze zamawiający wprost wskazał przystępującemu w piśmie z dnia 6 września 2023 r. w sprawie poprawienia innych omyłek, że poprawa ta pozostawała bez wpływu na cenę ofertową. Po drugie przystępujący nie kwestionował, ani w żaden sposób nie odniósł się do dokonanych przez zamawiającego poprawek. Po trzecie, przystępujący użył tego argumentu dopiero w sytuacji, w której zamawiający stwierdził rozbieżność pomiędzy oboma kosztorysami, podczas badania ceny jego ofert. Po czwarte przystępujący w piśmie z dnia 27 września 2023 r. wskazał na powstałe w kosztorysie ofertowym oczywiste omyłki pisarskie, co do których nie było wcześniej mowy. Z powyższych względów Izba uznała wyjaśnienia przystępującego za niewiarygodne. Ponadto w związku z tak istotnym błędem w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego, skład orzekający uznał za zasadną całą argumentację podaną w odwołaniu, która dotyczyła zarzutów ogniskujących się wokół rażąco niskiej ceny. Argumentacja ta została szczegółowo zreferowana powyżej na str. 6-13 przez co nie było potrzeby powielania jej w tym miejscu.

Przy czym należało wyjaśnić, że Izba wzięła pod uwagę tylko tę argumentację, która została podniesiona w odwołaniu. Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego rozszerzył zakres zarzutu rażąco niskiej ceny o kolejne okoliczności faktyczne, które dotyczyły kosztów: kierownika budowy, gwarancji dobrego wykonania i gwarancji jakości, kosztu wykonania dokumentacji powykonawczej, kosztów administracyjnobiurowych, wynagrodzeń pracowników czy też kosztów opisanych w pkt 44-50 pisma procesowego odwołującego z dnia 24 października 2023 r. Mając na uwadze dyspozycję określoną w art. 555 Pzp Izba nie odniosła do tej części argumentacji odwołującego, uznając ją za wykraczającą poza zakres odwołania.

Jednakże argumentacja zawarta w odwołaniu, okazała się wystarczająca do potwierdzenia, że cena oferty przystępującego była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ze względu na nieuwzględnienie wszystkich kosztów w cenie oferty, czy też zaniżanie poszczególnych cen jednostkowych, które dodatkowo były niezgodne ze składanymi w wyjaśnieniach oświadczeniami oraz ofertami. Wskazane fakty, potwierdzały ponadto, że złożone wyjaśnienia nie dawały podstaw zamawiającemu do uznania, że cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska, a wykonawca ten nie udowodnił, że cena jego oferty pozwalała na wykonanie przedmiotu zamówienia z zyskiem.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzuty wskazane w pkt 2 i 3 *petitum* odwołania.

W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się zarzut podniesiony w pkt 4 *petitum* odwołania. Izba doszła do przekonania, że błędy i nieścisłości odnoszące się do treści kosztorysu szczegółowego złożonego przez przystępującego, które zostały wskazane przez odwołującego, były wynikiem niestaranności przy jego sporządzeniu. Odwołujący nie wykazał, że można było je potraktować jako uzasadnienie dla uznania, iż oferta przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Po za tym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, został przez odwołującego powiązany

z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, a argumentacja w jego zakresie koncentrowała się wyłącznie wokół kwestii rażąco niskiej ceny. O ile zarzuty związane z zagadnieniem rażąco niskiej ceny znalazły swoje potwierdzenie, to w przypadku czynu nieuczciwej konkurencji argumentacja odwołującego okazała się niewystarczająca, co skutkowało oddaleniem zarzutu z pkt 4.

Izba oddaliła także zarzut wskazany w pkt 5 *petitum* odwołania. Zarzut ten koncentrował się wokół przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Warto przypomnieć, że przystępujący był wzywany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie do wyjaśnień treści oferty. Jak wynika z powyżej opisanego uzasadnienia przystępujący nie sprostował obowiązkom związanym z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny.

W ocenie składu orzekającego należy dość ostrożnie podchodzić do zarzutu odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, w której zarzut ten wywodzony jest z wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący nie przedstawił stanowiska, które przekonało Izbę o tym, że oferta przystępującego, mimo uznania rażąco niskiej ceny, była również niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutów podniesionych w pkt 1-3 potwierdzenie znalazł również zarzut podniesiony w pkt 6 *petitum* odwołania, ponieważ zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w części odnoszącej się do odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej błąd

w obliczeniu ceny oraz rażąco niskiej ceny i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie czterech zarzutów, natomiast dwa zarzuty zostały oddalone. W konsekwencji Izba podzieliła koszty w części 1/3 na rzecz odwołującego i części 2/3 na rzecz przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (20 000 zł), koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł) oraz koszty przystępującego wnoszącego sprzeciw wynikające ze spisu kosztów złożonego na rozprawie (11 776,17 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 35 376,17 zł. Przystępujący poniósł koszty w wysokości 11 776,17 zł, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 23 584,11 zł (35 376,17 zł x 2/3). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 23 600,00 zł (koszt wpisu

i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 11 792,06 zł (35 376,17 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 11 807,00 zł (23 600,00 zł – 11 792,06 zł, po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 2, ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....