

Sygn. akt: KIO 2112/23

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Iryna Pawlik

Protokolant:

Tomasz

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2023 r. przez wykonawcę R.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L.R. P.H.U. „ROB-BUD” w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Targówek z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy TOP CONSTRUCTION Ltd. Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego R.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L.R. P.H.U. „ROB-BUD” w Warszawie zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2022 r. poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 2112/23

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Targówek (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 380 im. Jana Pawła II przy ul. Krasiczyńskiej 4/6 w Warszawie” (numer referencyjny: P-16/23). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00182595/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 19 lipca 2023 r. wykonawca R.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L.R. P.H.U. „ROB-BUD” w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy TOP CONSTRUCTION Ltd. Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę zarówno w całości jak i w zakresie istotnej części składowej;
2. art. 253 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna zostać odrzucona;
3. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonując wyboru oferty, która podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Przystępującego i dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący udzielili krótkich wyjaśnień, które w zasadzie ograniczają się w swojej treści do swoistego oświadczenia, że oferta została prawidłowo skalkulowana. Zdaniem Odwołującego przedłożone wyjaśnienia są bardzo ogólne, lakoniczne, nie zawierają jakichkolwiek mierzalnych dowodów w oparciu, o które Zamawiający byłby w stanie skutecznie zweryfikować złożone wyjaśnienia w zakresie ceny. Wyjaśnienia nie wypełniają zatem dyspozycji art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek własnych wyliczeń, kalkulacji przedkładając jedynie: oferty podwykonawców oraz umowy o pracę. Oferty podwykonawców mają charakter bardzo ogólny i trudno na ich podstawie ustalić w jaki sposób dokonano skalkulowania ceny i czy ta kalkulacja jest prawidłowa. Nie można zatem uznać tych ofert jako dowodów potwierdzających aktualne ceny rynkowe, tym bardziej, że zawierają one rażące braki, o których mowa w dalszej części odwołania. Sam Wykonawca również nie uszczegóławia tych pozycji cenotwórczych w ramach złożonych wyjaśnień. Poczynił jedynie bardzo ogólną kalkulację kosztów. Brach chociażby informacji o kosztach pracowniczych, kosztach zakupu materiałów.

Dalej Odwołujący zauważył, że Przystępujący załączył umowy o pracę jednak w samych wyjaśnieniach próżno szukać jakichkolwiek kalkulacji związanych z kosztami pracy szczególnie w odniesieniu do istotnej części składowej objętych przedmiotem wezwania Zamawiającego. Lakoniczne wyjaśnienia w tym zakresie ograniczają się do ogólnych stwierdzeń i zapewnień, że wykonawca zatrudnia pracowników zgodnie z przepisami prawa pracy. Wykonawca sam przyznał, że realizuje wiele kontraktów i zatrudnia sprawdzonych pracowników. Z tego wynika, że musi zatrudniać bardzo szeroką kadrę pracowniczą. Przedłożone umowy o pracę (5 sztuk) dowodzą jedynie temu, że wykonawca dokonał zatrudnienia tych właśnie osób na stosunku pracy, a nie temu jaki będzie koszt pracowniczy dla tego konkretnego zadania. Nie ma w tym zakresie jakiegokolwiek odniesienia do zaoferowanej ceny oferty. Nie jest przecież rolą Zamawiającego o tak przedłożone dowody dokonywać własnych ustaleń w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego należy uznać, że przedmiotowe dowody bez złożenia stosownych wyjaśnień nic nie wnoszą do sprawy. Mając na uwadze przedmiot zamówienia jakim są roboty budowlane - mamy do czynienia ze skomplikowanym procesem, który składa się z wielu istotnych elementów cenotwórczych składających się na całość zamówienia (zakup i dostawa materiałów budowlanych; koszty sprzętu używanego do wykonania robót; koszty pracownicze; zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu). W ocenie Odwołującego Zamawiający zupełnie stracił z pola widzenia treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Obowiązkiem wykonawcy było zatem wyjaśnienie i udowodnienie cen oferty w zakresie pkt 4 i 6. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wprost wyartykułował ten przepis.

Ponadto w ocenie Odwołującego oferta cenowa Przystępującego i złożone wyjaśnienia nie uwzględniają: 1/ docieplenia stropu nad prześwitem (dział III, pkt. 3, ppkt 10 SWZ). powierzchnia stropu pod prześwitem $234 \text{ m}^2 \times 290 \text{ zł/m}^2 = 67.860,00 \text{ zł netto}$, powierzchnia rusztowania stropu pod prześwitem $234 \text{ m}^2 \times 20 \text{ zł/m}^2 = 4.680,00 \text{ zł netto}$. Przystępujący założył w ofercie cenowej tylko docieplenie ścian. 2/ wymiany obróbki blacharskiej nad elementami daszków i gzymsów (dział III, pkt. 3, ppkt. 12 SWZ). Przedmiar (w rozwinięciu 30-50cm): $266 \text{ mb} \times 242 \text{ zł} = 64.372,00 \text{ zł netto}$. W cenie zerwanie starych obróbek, czyszczenie mechaniczne zagrzybionego podłoża, uzupełnienie wykruszonego podłoża daszku oraz gzymsu betonem, montaż nowych obróbek, wygrzanie papy na łączeniu obróbka-istniejące pokrycie dachu. 3/ Wymiany przynajmniej części rur spustowych na nowe razem z dostawą i montażem nowych elementów łączących w obrębie gzymsów z uwagi na fakt, iż istniejące otwory pod rury spustowe będą zasłonięte termoizolacją. Wymiany części rur spustowych na nowe razem z dostawą i montażem nowych elementów łączących w obrębie przykanalików kanalizacji deszczowej (rejon przyziemia). $18 \text{ lokalizacji} \times 320 \text{ zł} = 5.760,00 \text{ zł netto}$. Jako dowód Odwołujący załączył wizualizację niewycenionych robót.

Odwołujący wskazał, iż biorąc pod uwagę lakoniczną kalkulację wykonawcy i zakładany symboliczny zysk na poziomie $24.000,00 \text{ zł netto}$, to brak uwzględnienia powyższych kosztów niewątpliwie powoduje nie tylko brak osiągnięcia zysku, ale również realną stratę albowiem koszt wykonania w/w robót nieuwzględnionych przez wykonawcę daje dodatkowy koszt na poziomie ponad $130.000,00 \text{ zł netto}$. Krótko mówiąc wykonanie tych robót przy racjonalnym uwzględnieniu wszystkich kosztów (zakup materiałów, legalne zatrudnienie pracowników) będzie dla tego wykonawcy zupełnie nieopłacalne. Odwołujący dodał, że nawet jeżeli samo wezwanie miało być może ogólny charakter to jednak inicjatywa w zakresie złożenia wyjaśnień i przedłożenia katalogu dowodów należy do wykonawcy, który jest profesjonalistą w obrocie i winien w tym zakresie działać z należytą starannością (art. 355 k.c.). Jako profesjonalny podmiot gospodarczy wykonawca winien również uwzględnić (czego w ogóle nie uczynił) pozostałe koszty mając istotne znaczenie dla ceny takie jak: koszty utrzymania biura, koszty pojazdów, paliwo, media (woda i energia elektryczna) oraz koszty związane z przygotowaniem budowy (roboty ziemne) oraz jego zaplecza co wprost wynika z PFU. Odwołujący powołał się na str. 4 PFU, gdzie wskazano „Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy w porozumieniu z użytkownikami terenu zapewnić zabezpieczenie placu budowy przed dostępem osób trzecich. Wykonawca zapewni na swój koszt zasilanie budowy w energię elektryczną i wodę dla potrzeb budowy oraz będzie ponosił koszty bieżące z tym związane.” W tym zakresie Wykonawca ponownie jedynie wskazał, że: „Wykonawca ma siedzibę w Warszawie, podobnie jak większość kadry zarządzającej Wykonawcy, która posiada miejsce zamieszkania w Warszawie, co pozwoliło na przyjęcie niższego poziomu kosztów ogólnych.” Wykonawca ponownie nie wyjaśnia na jakim poziomie mamy do czynienia z kosztami ogólnymi oraz pośrednimi o których mowa wyżej. Nie sposób w oparciu o tak przyjęte zapewnienie zweryfikować co znaczy ten „niższy poziom kosztów ogólnych” - chociażby w ujęciu procentowym. Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (nie tylko dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny) jest dołożenie wszelkiej staranności, by wyjaśnienia te zawierały wszystkie informacje, których oczekuje zamawiający. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Odwołujący przywołał także orzecznictwo odnoszące się do tej problematyki.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie miał możliwości dokonać obiektywnej oceny w zakresie ustalenia czy cena oferty wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w oparciu o złożone wyjaśnienia z dnia 30.06.2023 roku. W ocenie Odwołującego w świetle tak przedstawionych wyjaśnień Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca ten nie dość, że nie osiągnie zysku to dodatkowo

poniesie stratę. Obecna sytuacja poważnie zatem zagraża prawidłowości wykonania zamówienia publicznego.

Odwolujący w dniu 27 lipca 2023 r. złożył ponadto pismo procesowe wraz z dowodami.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 1 sierpnia 2023 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę TOP CONSTRUCTION Ltd. Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i który w drodze odwołania dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ oraz wyjaśnienia Przystępującego dotyczące wyliczenia ceny złożone na wezwanie Zamawiającego, jak i opracowanego przez Zamawiającego zestawienia ofert z podziałem na poszczególne pozycje tabeli cenowej. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj.: wizualizacji niewycenionych prac załączonej do odwołania, ofert podwykonawców, wydruku z mapy Google, oferty na gwarancję zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, oferty najmu biura przy ul. Grójeckiej 208 w Warszawie, oferty na najem kontenera (zaplecze budowy), na okoliczności wskazane przez Odwołującego wynikające z treści dokumentów. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowód z dokumentu złożonego przez Przystępującego na rozprawie, tj. oświadczenia firmy BOJALUX z dnia 31 lipca 2023 r., na okoliczności wskazane przez Przystępującego wynikające z treści pisma.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 380 im. Jana Pawła II przy ul. Krasiczyńskiej 4/6 w Warszawie”. Zgodnie z SWZ zaprojektowanie robót budowlanych obejmuje w szczególności: 1) aktualizację audytu energetycznego budynku szkolno- oświatowego przy ul. Krasiczyńskiej 4/6 z 2017 r., który stanowi załącznik nr 8 do SWZ, 2) wykonanie projektu koncepcyjnego dla całości przedmiotu Umowy z uwzględnieniem rozwiązań z PFU stanowiącego załącznik nr 1 do umowy i konsultacji z użytkownikiem budynku podlegającego termomodernizacji, w wyniku realizacji przedmiotu Umowy, 3) na bazie PFU wykonanie projektu budowlanego przedmiotu Umowy, wykonanie opracowań projektowych z zachowaniem podziału na branże, przy czym pod określeniem opracowania projektowe rozumie się następujące elementy: wykonanie inwentaryzacji zieleni, projekty wykonawcze elewacji budynku szkoły, projekty wykonawcze wymiany instalacji centralnego ogrzewania, urządzeń węzła ciepłego, z możliwością wdrożenia Systemu do Zarządzania Energią w m.st. Warszawie, projekty wymiany instalacji odgromowej, projekty małej architektury stanowiące integralną część budynku, plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (zwany dalej „planem BIOZ”), przedmiary w zakresie wszystkich branż, 4) wykonanie opracowań kosztowych tj. kosztorysów inwestorskich dla termomodernizacji budynku szkoły, 5) wykonanie wszelkiej innej dokumentacji niezbędnej do realizacji przedmiotu Umowy, 6) Uzyskanie przez Wykonawcę w imieniu zamawiającego, niezbędnych uzgodnień lub opinii innych organów, o których mowa w art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351) - zwana dalej „Prawem budowlanym”. Wykonanie robót budowlanych obejmuje w szczególności: 1) Wykonanie robót budowlanych w zakresie sporządzonych przez Wykonawcę opracowań projektowych, o których mowa w ust. 2 - zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym będącym załącznikiem nr 3 do Umowy, 2) Przedmiot Umowy obejmuje wykonanie robót budowlanych i czynności opisanych zgodnie z Umową, Programem Funkcjonalno – Użytkowym i SWZ oraz innych prac i czynności nie opisanych w tych dokumentach, a niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i do prawidłowego jego ukończenia. 3) Zaprojektowanie remontu pokrycia dachowego bez wykonywania robót. 4) Wymiana attyk z blachy fałdowanej na całości budynku szkoły, o której mowa w § 1 Umowy. 5) Wykonanie i zamieszczenie 2 tablice informacyjnych na terenie budowy: o środkach finansowych z jakich jest realizowane zadanie oraz tablice pamiątkową. Treść i format tablic do uzgodnienia z Zamawiającym. 6) Wykonanie audytu ex-post po realizacji robót termomodernizacyjnych zgodnych z przedmiotem Umowy. 7) Na ścianie szczytowej sali gimnastycznej, po jej dociepleniu należy przewidzieć możliwość wykonania nowego muralu. Wykonawca musi uzgodnić z Zamawiającym podłoże pod ewentualny nowy mural. 8) Do obowiązków Wykonawcy w ramach wykonywania robót budowlanych należy: a)

Przygotowanie terenu (roboty ziemne) pod prowadzenie robót budowlanych, w tym usunięcie drzew i krzewów kolidujących z pracami docieplenia budynku, b) Wykonanie kompleksowej termomodernizacji ścian budynku polegająca na: przygotowaniu podłoża, przyklejeniu płyty izolacyjnej do ścian i zamocowaniu łącznikami mechanicznymi, wykonaniu warstwy szpachlowej zbrojonej siatką oraz tynk cienkowarstwowy, elewację do poziomu ok. 3 m zabezpieczyć preparatem antygraffiti, wykonać opaskę terenu z płyt chodnikowych o wymiarach 50x50cm; 9) Wykonanie termomodernizacji i izolacji ścian piwnic wraz ze ścianami od strony dziedzińca polegająca na: a) Odsłonięciu od zewnątrz ścian piwnic, b) Przygotowaniu podłoża z zagruntowaniem i położeniu warstwy izolacji cieplnej i p. wilgociowej zgodnie z obowiązującymi standardami. 10) Przygotowaniu podłoża stropu nad prześwitem od strony boisk, przyklejeniu płyty izolacyjnej od spodu stropu, wykonaniu warstwy szpachlowej zbrojonej siatką oraz tynk cienkowarstwowy. 11) Wykonaniu kompleksowej modernizacji instalacji centralnego ogrzewania, wymienieniu urządzenia węzła ciepłego, przewodów, grzejniki oraz zamontowaniu zaworów. 12) Wymienieniu obróbek blacharskich na parapetach i ścianach attyki oraz nad elementami daszków i gzymsów. 13) Wymienieniu instalacji odgromowej kolidującej z robotami termomodernizacyjnymi.

Zgodnie z Rozdziałem XII SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny, cena ofertowa wynika z wypełnionego przez Wykonawcę formularza ofertowego, który został zdefiniowany przez Zamawiającego w systemie. Oferta powinna zawierać cenę ofertową brutto (z podatkiem od towarów i usług VAT). Proponowana w ofercie cena ofertowa brutto, o której mowa w ust. 1, stanowić będzie umowne ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W cenie ofertowej brutto należy uwzględnić koszty wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w Dziale III oraz inne koszty niezbędne do poniesienia przez Wykonawcę w celu prawidłowego wykonania zamówienia. Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie czynności opisane w Programie Funkcjonalno – Użytkowym oraz Tabeli kalkulacji ceny.

W świetle postanowień SWZ wykonawcy mieli obowiązek załączyć do oferty tabelę kalkulacji ceny stanowiącej załącznik nr 7 do SWZ. W tabeli tej wyszczególniono określone pozycje odnoszące się do dokumentacji wstępnej, projektów (budowlanych, technicznych, instalacji), robót budowlanych oraz zieleni, w tym w ramach części dot. robót budowlanych wskazano m.in. poz. Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki.

W postępowaniu złożono siedem ofert, w tym Odwołującego (z ceną 6 414 000 zł) i Przystępującego (z ceną 5 995 020 zł). Cena grupy „Roboty budowlane” została przez Przystępującego wyceniona na 5 482 110,00 zł (inne oferty: 2 – 6 745 000,00 zł, 3 – 6 059 000,00 zł, 4 – 6 505 470,00 zł, 5 – 8 258 000,00 zł, 6 – 4 073 696,00 zł, 7 – 5 760 000,00 zł), zaś wchodząca do tej grupy pozycja Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki na 2 498 130 zł (inne oferty: 2 – 5 450 000,00 zł, 3 - 3 989 000,00 zł, 4 - 4 205 370,00 zł, 5 - 5 650 000,00 zł, 6 – 2 325 546,00 zł, 7 - 3 600 000,00 zł).

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Complido Michał Dziubek (oferta 7) jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Następnie w związku z wyrokiem Izby z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1645/23 Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający w piśmie z dnia 29 czerwca 2023 r. wskazał, iż wzywa Przystępującego „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, gdyż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki. Wyjaśnienia, mogą dotyczyć w szczególności:

- a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- c) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;
- d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- e) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- f) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić, czy ustalona cena jest zgodna z:

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

Złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienie wraz z dowodami należy dostarczyć drogą elektroniczną (...) do dnia 30.06.2023 r.”

W odpowiedzi na powyższe pismo Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał:

„Cena oferta Wykonawcy, ani też jej część składowa wskazana w wezwaniu, tj. Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki., nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zaoferowana cena uwzględnia specyfikę rynku, zaś wykonanie umowy za zaoferowaną cenę będzie dla Wykonawcy jak również podwykonawców, których zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia, opłacalne, co Wykonawca wykazuje za pomocą dowodów załączonych do niniejszego pisma. Treść wezwania Zamawiającego budzi zdziwienie Wykonawcy, biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego zawarte w Odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygnaturze KIO 1645/23, w którym Zamawiający uznał, iż cena tej pozycji w ofercie innego Wykonawcy, tj. COMPLIDO Michał Dziubek, niższa od ceny zaoferowanej przez nas, jest obliczona w sposób prawidłowy i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do jej rynkowego charakteru.

Powyższe nie oznacza, iż Wykonawca Top Construction Ltd. S.A. uchyla się od złożenia wyjaśnień w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie oraz dowodów rynkowego i realnego charakteru zaoferowanej ceny. Aktualnie Wykonawca Top Construction Ltd. S.A. realizuje na terenie całego kraju 11 inwestycji, których przedmiotem jest przebudowa lub modernizacja obiektu obejmująca termomodernizację ścian piwnic i części nadziemnej budynku. Na terenie Warszawy i okolic znajdują się następujące inwestycje:

- 1.Przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania kotłowni na funkcję biurową, techniczną i warsztatową na terenie Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Państwowy Instytut Badawczy przy ul. W.K. Roentgena 5 w Warszawie.
2. Wykonanie robót budowlanych polegających na termomodernizacji kompleksu oświatowego - Szkoły Podstawowej nr 3 w Milanówku.
- 3.Wykonanie robót budowlanych polegających na termomodernizacji kompleksu oświatowego - Szkoły Podstawowej nr 1 w Milanówku.
- 4.Poprawa efektywności energetycznej w Szpitalu Matki Bożej Nieustającej Pomocy w Wołominie.
- 5.Zwiększenie efektywności energetycznej Domu Rotacyjnego, będącego własnością AWF Józefa Piłsudskiego w Warszawie.
- 6.Zwiększenie bezpieczeństwa i dostępności usług społecznych poprzez przebudowę i termomodernizację budynku Urzędu Gminy w Teresinie.

Do wykonywania robót na wyżej wymienionych obiektach Wykonawca zatrudnia stałych, sprawdzonych podwykonawców i dostawców. Umożliwia mu to uzyskanie korzystnych cen, kalkulowanych z uwzględnieniem między innymi zapewnienia ciągłości zatrudnienia pracowników fizycznych oraz kadry zarządzającej oraz upustów i rabatów cen materiałów budowlanych. Umożliwia to również Wykonawcy weryfikację realności cen oferowanych przez innych podwykonawców pozyskiwanych z rynku. Powyższe w ocenie Wykonawcy można uznać za korzystne warunki związane z realizacją robót budowlanych w rozumieniu art. 224 ust. 1 PZP.

Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej. Oferta Wykonawcy jest zgodna z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Wykonawca ma siedzibę w Warszawie, podobnie jak większość kadry zarządzającej Wykonawcy, która posiada miejsce zamieszkania w Warszawie, co pozwoliło na przyjęcie niższego poziomu kosztów ogólnych. Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia tj. Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki. podwykonawcy BOJALUX Dawid Bojara, a cena tej pozycji w ofercie Wykonawcy została skalkulowana w oparciu o ofertę tego podwykonawcy, z którym Wykonawca stale współpracuje, powiększoną o koszty prowadzenia inwestycji oraz zysk skalkulowane dla tej pozycji. Wykonawca zweryfikował przy tym zarówno zakres rzeczowy oferty podwykonawcy, jak i jej składowe w postaci ilości, rodzajów robót oraz cen jednostkowych. Wykonawca uzyskał również upust od ceny tego Podwykonawcy, uwzględniający stałą współpracę i realizowanie przez pracowników tego Podwykonawcy prac na innych inwestycjach prowadzonych przez Wykonawcę.

Kalkulacja ceny Wykonawcy dla pozycji Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki. została sporządzona w sposób następujący:

KOSZTY BEZPOŚREDNIE WYKONANIA POZYCJI:

1. DOCIEPLENIE ŚCIAN.
 $290 \text{ zł/m}^2 \times 3900 \text{ m}^2 = 1\,131\,000,00 \text{ zł netto}$
2. RUSZTOWANIA.
 $20 \text{ zł/m}^2 \times 4\,110 \text{ m}^2 = 82\,200,00 \text{ zł netto}$
3. DOCIEPLENIE COKOŁÓW.
 $350 \text{ zł/m}^2 \times 230 \text{ m}^2 = 80\,500,00 \text{ zł netto}$
4. WYKOPY.
 $180 \text{ zł/m}^3 \times 1\,000 \text{ m}^3 = 180\,000,00 \text{ zł netto}$
5. WYMIANA ATYK.
 $185 \text{ zł/m}^2 \times 315 \text{ m}^2 = 58\,275,00 \text{ zł netto}$
6. OPASKA BETONOWA.
 $190 \text{ zł/m}^2 \times 230 \text{ m}^2 = 43\,700,00 \text{ zł netto}$
7. IZOLACJA TERMICZNA ŚCIAN PIWNIC.

265 zł/m² x 850 m² = 225 250,00 zł netto

8. IZOLACJA PRZECIWWODNA/PRZECIWWILGOCIOWA ŚCIAN PIWNIC.

40 zł/m² x 850 m² = 34 000,00 zł netto

9. PARAPETY ZEWNĘTRZNE.

130 m² x 165 zł/m² = 21 450,00 zł netto

SUMA: 1 856 375,00 zł netto

ZYSK I NARZUTY PODWYKONAWCY:

193 625,00 zł netto – udzielony upust 43 625,00 zł netto = 150 000,00 zł netto

ZYSK I NARZUTY WYKONAWCY NA TEJ POZYCJI:

24 625,00 zł netto

WARTOŚĆ DZIAŁU Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki. W OFERCIE WYKONAWCY 1 856 375,00 zł netto + 150 000,00 zł netto + 24 625,00 zł netto = 2 031 000,00 zł netto (2 498 130,00 zł brutto).

Realność i rynkowy charakter ceny zaoferowanej przez Wykonawcę dla pozycji Dział Roboty budowlane: Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki. potwierdza dowód w postaci oferty podwykonawcy BOJALUX Dawid Bojara, któremu Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie tej części zamówienia. Ponadto, dowodem rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Wykonawcę dla wyjaśnianej pozycji jest oferta innego podwykonawcy (EDROB Sp. z o.o.), pozyskana przez Wykonawcę na etapie kalkulacji ceny oferty. Jest to cena zbliżona do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, rynkowa i realna. Kopię oferty tego podwykonawcy jako dowód Wykonawca dołącza do niniejszych wyjaśnień.

Odnosząc się do obowiązku wyjaśnienia, czy ustalona przez Wykonawcę cena pozycji Dział Roboty budowlane:

Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki. jest zgodna z:

a) przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; b) przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.; Wykonawca informuje i wyjaśnia, iż podwykonawca, któremu zamierza powierzyć wykonanie tej części zamówienia, tj. BOJALUX Dawid Bojara, wypełnia postanowienia przywołanych wyżej przepisów, jak również wymogów paragrafu 3 ust. 10 i następne wzoru umowy i zatrudnia osoby skierowane do realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę. Wynagrodzenie tych osób jest zgodne z obowiązującymi przepisami, to znaczy jest to co najmniej wynagrodzenie minimalne. Zgodnie z ofertą tego podwykonawcy dołączoną do niniejszych wyjaśnień, uwzględnia ona również zmiany przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia, które wchodzi w życie z dniem 01.07.2023 r. Na prośbę Wykonawcy, podwykonawca przedstawił kopie umów o pracę osób, które zamierza skierować do realizacji zamówienia. Kopie te w sposób zanonimizowany jako dowody, Wykonawca dołącza do niniejszych wyjaśnień. Treść tych umów potwierdza wypełnienie przez podwykonawcę wymogów wynikających z przywołanych przepisów oraz zgodność ceny pozycji Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki. zarówno w ofercie podwykonawcy, jak również opartej na niej ofercie Wykonawcy z obowiązującymi przepisami.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz załączone dowody, w świetle bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przywoływanego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO 1645/2023, Wykonawca wyjaśnił i udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena całej oferty, jak również jej części, tj. Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą atyki. wskazanej w wezwaniu Zamawiającego, nie są rażąco niskie, są cenami rynkowymi, realnymi i umożliwiającą zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia."

Do wyjaśnień załączono ofertę BOJALUX Dawid Bojara, ofertę EDROB Sp. z o.o. oraz pięć zanonimizowanych kopii umów o pracę wraz z aneksami.

Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę zarówno w całości jak i w zakresie istotnej części składowej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż co do zasady zgodzić należy się z wywoodem prawnym przywołanym przez

Odwolującego, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty lub jej istotnej części składowej nie było uzasadnione. Podkreślić ponadto trzeba, iż analizując treść wyjaśnień składanych przez wykonawcę nie można pomijać treści wezwania, jakie do wykonawcy skierowano. Ocena tych wyjaśnień, w tym ich rzetelności i kompletności, jest związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, które determinuje treść odpowiedzi, zakreślając jej granice.

W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego były wyjaśnieniami rzetelnymi i adekwatnymi do treści wezwania, jakie skierował do wykonawcy Zamawiający, a ich treść wraz z dowodami pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny, że wysokość badanej części składowej ceny oferty Przystępującego – mimo, że była niska, to nie stanowiła ceny rażąco niskiej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który uznał wyjaśnienia złożone przez Przystępującego na wezwanie dotyczące wyliczenia ceny za ogólne, lakoniczne i nieoparte dowodami. Należy zauważyć, że wezwanie, jakie Zamawiający skierował do Przystępującego było nad wyraz ogólne, sprowadzało się jedynie do powtórzenia treści przepisów ustawy Pzp (art. 224 ust. 1 i 3). Zamawiający nie wyartykułował konkretnych wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego, nie wyjaśnił z czego miałyby one wynikać, nie zadał też wykonawcy żadnych pytań. Zamawiający wskazał tylko na konieczność wyjaśnienia ceny jednej z pozycji tabeli cenowej - „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki” i jedynie domniemywać można, że powodem takiego działania było to, że cena tej pozycji tabeli odbiegała od cen innych ofert i kosztorysu Zamawiającego. Pomimo ogólności wezwania Przystępujący przedstawił dość szczegółowe wyjaśnienia, w tym m.in. konkretne wyliczenia w zakresie kosztów bezpośrednich składających się na pozycję tabeli cenowej, o którą został zapytany, jak i założony przez niego poziom zysku i narzutów na tej pozycji. Dodatkowo Przystępujący powołał się na fakt stałej współpracy z firmą Bojalux, uzyskany z tego względu upust oraz przedstawił dowody w postaci ofert podwykonawców potwierdzające realność przyjętego poziomu kosztów. Przy tym Przystępujący nie posłużył się tylko ofertą podmiotu, z którego podwykonawstwa zamierza skorzystać, ale także ofertą innego podmiotu, uwiarygadniając przyjęte założenia cenowe. Również w zakresie kosztów pracy przedstawiono stosowne dowody w postaci umów o pracę wraz z aneksami, które potwierdzały zgodność oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalania ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Wezwanie Zamawiającego - jak wskazano już powyżej - powieliło treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem odnosiło się jedynie do kwestii związanej z potwierdzeniem, że przy wyliczeniu ceny uwzględniono wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących wymagania w zakresie płacy minimalnej i to zostało w wyjaśnieniach Przystępującego potwierdzone. Zamawiający nie wyartykułował w treści wezwania żadnych innych konkretnych okoliczności, jakie należałoby wyjaśnić.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego czyniły zadość wezwaniu, jakie do niego skierowano, w sposób dostateczny przedstawiały sposób wyliczenia istotnej części składowej ceny, o którą Przystępujący został zapytany przez Zamawiającego, jak i zostały poparte dowodami. W ocenie Izby Odwołujący zdawał się oczekiwać przedstawienia przez Przystępującego w treści wyjaśnień szerszych informacji niż wymagał tego sam Zamawiający. Odwołujący wskazywał na brak wyjaśnienia szeregu kosztów, takich jak koszty pracy, koszty utrzymania biur, koszty pojazdów, paliwa, mediów czy koszty związane z przygotowaniem budowy i jej zaplecza, podczas gdy Przystępujący zobowiązany był jedynie do wyjaśnienia jednej z wielu pozycji tabeli cenowej, odnoszącej się stricte do elementu robót budowlanych dotyczących termomodernizacji (którą to pozycję Przystępujący wyjaśnił wskazując na przyjęte w tym zakresie koszty bezpośrednie, narzuty oraz zysk), Przystępujący nie był zobowiązany do przedstawienia szczegółowej kalkulacji dotyczącej ceny całkowitej oferty. Ponadto Zamawiający nie narzucał wykonawcy konkretnego sposobu prezentacji wyjaśnień czy wyliczeń dotyczących części składowej ceny, o którą zapytał Przystępującego, wobec czego Przystępujący nie miał obowiązku przedstawiania szczegółowego rozbicia cenowego dla tej pozycji, ze wskazaniem na przykład na koszty robocizny, sprzętu czy materiałów, na koszty bezpośrednie czy pośrednie. Sposób prezentacji wyjaśnień i kalkulacji ceny pozostaje w gestii konkretnego wykonawcy i fakt, że odbiegają one od oczekiwań Odwołującego, nie powoduje, że wyjaśnienia nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny. Odwołujący w swojej argumentacji pominął też okoliczność, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym oraz realizacją zamówienia w formule „projektuj i buduj”, a dokumentacja projektowa oraz przedmiary i kosztorysy zostaną opracowane dopiero w ramach realizacji zamówienia. Izba stwierdziła, iż sposób prezentacji kosztów składających się na tę pozycję cenową przez Przystępującego był dokładny, obejmował także przyjęte przez Przystępującego założenia dotyczące powierzchni podlegającej termomodernizacji z wyszczególnieniem konkretnych elementów prac. Prawdopodobnie tych założeń, w szczególności przyjęte przez Przystępującego ilości i wartości dla poszczególnych elementów prac wyodrębnionych w wyjaśnieniach, nie zostały w ogóle w odwołaniu zakwestionowane.

Odwolujący wskazał jedynie na brak uwzględnienia w przedstawionej kalkulacji trzech elementów – kosztów prac związanych z dociepleniem stropu, wymianą obróbki blacharskiej i wymianą części rur spustowych, co jednak w ocenie Izby stanowiło wyłącznie przypuszczenia Odwołującego, nie uwiarygodnione w sposób dostateczny. W treści odwołania poza hasłowym stwierdzeniem, że w wyjaśnieniach nie uwzględniono ww. kosztów, nie przedstawiono argumentacji w tym zakresie. Odwołujący przyjął określone założenie bez szerszego spojrzenia na cenę oferty Przystępującego i złożone

przez tego wykonawcę wyjaśnienia. Analiza Odwołującego była wybiórcza, co widać chociażby, jeśli spojrzeć na prace dotyczące docieplenia stropu. Po pierwsze, Odwołujący w treści odwołania nie zakwestionował powierzchni do docieplenia przyjętych przez Przystępującego w poz. „Docieplenie ścian” oraz „Izolacja termiczna ścian piwnic” ani nie powoływał się na wynikające z audytu energetycznego dane dotyczące powierzchni ścian podlegających termomodernizacji. Odwołujący w treści odwołania nie odniósł się do konkretnych danych liczbowych zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego, z których jednoznacznie wynikało, jaką ilość powierzchni do docieplenia uwzględniono w założeniach. Z kolei argumentacja Odwołującego prezentowana podczas rozprawy mająca wykazać, że Przystępujący nie uwzględnił w cenie oferty docieplenia stropów pomijała okoliczność, iż w kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach Przystępującego uwzględniono nie tylko pozycję „Docieplenie ścian” (przyjęta powierzchnia 3900 m²), ale także pozycję „Izolacja termiczna ścian piwnic” (przyjęta powierzchnia 850m²). Izba stwierdziła, iż przyjęte przez Przystępującego założenia korelują z danymi wynikającymi z audytu energetycznego – w audycie tym rozróżniono docieplenie elewacji i stropu od docieplenia ścian piwnic, przyjmując powierzchnię do docieplenia w zakresie ścian piwnic na 850m², a powierzchnię elewacji i stropu łącznie na 3 587 m² (elewacje 3467m², strop 120m²). Powierzchnia wskazana w wyjaśnieniach Przystępującego w poz. „Docieplenie ścian” pokrywa zatem powierzchnię wskazaną w audycie dla elewacji i stropu (jest większa), zaś powierzchnia wskazana w wyjaśnieniach Przystępującego w poz. „Izolacja ścian piwnic” odpowiada powierzchni ścian piwnic wskazanej do docieplenia w audycie energetycznym załączonym do SWZ. Brak jest także podstaw do uznania, aby w niewystarczającym zakresie uwzględniono koszty rusztowania, Odwołujący nie odniósł się do wyliczeń przedstawionych w poz. 2 kalkulacji cenowej Przystępującego pn. „Rusztowania”.

Również twierdzenia Odwołującego odnoszące się do rzekomego nie ujęcia w cenie termomodernizacji kosztów wymiany obróbki blacharskiej nad elementami daszków i gzymsów oraz kosztów wymiany części rur spustowych, Izba uznała za nieuzasadnione. W treści odwołania nie przedstawiono jakiegokolwiek wyjaśnienia, dlaczego tego rodzaju koszty należało uwzględnić konkretnie w pozycji „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki”. Również podczas rozprawy, poza hasłowym stwierdzeniem, że są to elementy związane z termomodernizacją, powyższego założenia nie wyjaśniono. Izba stwierdziła, iż Tabela kalkulacji ceny załączona do SWZ zawierała osiem pozycji w grupie „Roboty budowlane”, które to pozycje nie odpowiadały 1:1 elementom wyszczególnionym w Rozdziale III pkt 3 SWZ jako mającym wchodzić w skład robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. W Rozdziale III pkt 3 SWZ Zamawiający wyodrębnił pozycję dotyczącą wymienienia obróbek blacharskich na parapetach i ścianach attyki oraz nad elementami daszków i gzymsów (ppkt 12) od pozycji związanych ściśle z termomodernizacją (ppkt 8b, 9 czy 10) czy wymianą attyk z blachy falowanej (ppkt 4), do których literalnie odnosi się opis pozycji „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki”. Z kolei do obowiązku wymiany części rur spustowych na nowe opis przedmiotu zamówienia zawarty w SWZ wprost się nie odnosi, Odwołujący zaś nie wskazał z czego wywodzi taki obowiązek. Tym samym w oparciu o treść SWZ nie można wywieść po stronie wykonawcy obowiązku ujęcia tych elementów konkretnie w poz. „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki” (a przynajmniej Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał), a jedynie ewentualny obowiązek ich ujęcia w grupie „Roboty budowlane”.

Brak szczegółowego przypisania poszczególnych grup kosztów do określonych pozycji Tabeli kalkulacji ceny przez Zamawiającego spowodował, że wykonawcy w sposób różny klasyfikowali poszczególne koszty, przypisując je do różnych pozycji wchodzących w skład grupy „Roboty budowlane” co widać wyraźnie w zestawieniu ofert załączonym do pisma procesowego Odwołującego. Powyższe nie może być jednak równoważone z uznaniem, że Przystępujący dokonał wyceny prac w sposób nieprawidłowy, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że zamówienie będzie realizowane w formule „projektuj i buduj” i zakres prac będzie zależny od przyjętej przez wykonawcę koncepcji projektowej oraz technologii wykonania. Podkreślić należy, że Odwołujący nie odniósł się w ogóle do łącznej ceny, jaką Przystępujący wskazał za realizację wszystkich elementów składających się na grupę „Roboty budowlane” ani do ceny całkowitej oferty Przystępującego, co ma istotne znaczenie w przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym i realizacją zamówienia w formule „projektuj i buduj”. Cena oferty Przystępującego w zakresie grupy prac „Roboty budowlane” stanowi ok. 89,5% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i ok. 78% szacunkowej wartości zamówienia w tej części, a zatem nie mamy tu do czynienia z różnicą znaczną.

Odnosząc się do pisma procesowego złożonego przez Odwołującego Izba wskazuje, iż zawarte tam twierdzenia dotyczące braku wyjaśnienia kosztów pracowniczych związanych z zatrudnieniem kierownika budowy wykraczają poza zakres podstaw faktycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu, którymi Izba jest związana, a jako takie nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia. Ponadto w ocenie Izby przedstawione wraz z pismem Odwołującego dowody w postaci ofert podwykonawców nie wykazują faktu, że Przystępujący nie ujął w wycenie pozycji „Termomodernizacja ścian piwnic i części nadziemnej budynku szkoły i przedszkola wraz z wymianą attyki” wskazanych w odwołaniu elementów robót ani nie podważają wiarygodności ofert załączonych przez Przystępującego do wyjaśnień. W tym zakresie aktualność zachowuje wcześniej wskazana argumentacja. Z kolei dowody złożone przez Odwołującego mające wskazywać na brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, z zapleczem budowy czy z najmem biura odnoszą się do okoliczności, które nie były przedmiotem wezwania do wyjaśnień. Izba stwierdziła, iż większość twierdzeń prezentowanych przez Odwołującego wskazywać mogła nie tyle na rażąco niską cenę oferty Przystępującego, lecz na potrzebę dalszego wyjaśnienia ceny. Po pierwsze bowiem wezwanie, jakie skierował Zamawiający do Przystępującego było bardzo ogólne, a po drugie Odwołujący odnosił się do kategorii kosztów takich jak koszty pracownicze, koszty ogólnoadministracyjne, koszty pośrednie, których fakt ujęcia w cenie oferty

przy wynagrodzeniu o ryczałtowym charakterze należałoby analizować przez pryzmat ceny całkowitej oferty, a nie wyłącznie jednej pozycji wchodzącej w skład objętych zamówieniem robót budowlanych, o którą Przystępujący był zapytany. Analizy całościowej w zakresie ceny oferty Przystępującego, czy chociażby w zakresie całej pozycji dotyczącej robót budowlanych, w odwołaniu nie przedstawiono, a zatem nie wykazano w sposób dostateczny wątpliwości, które mogłyby uzasadniać kontynuowanie procedury wyjaśniającej cenę oferty Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe, analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, z uwzględnieniem stanowisk procesowych Stron i Uczestnika oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, doprowadziła Izbę do przekonania, iż brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna zostać odrzucona, jak i zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonując wyboru oferty która podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę oferty. Zarzuty te oparto na tożsamyh podstawach faktycznych co zarzut pierwszy i stanowiły one konsekwencję twierdzeń Odwołującego o tym, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej rażąco niską cenę. Stwierdzenie braku zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp rzutuje zatem również na brak zasadności dwóch pozostałych zarzutów postawionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: