Sygn. akt: KIO 1768/23

WYROK
z dnia 6 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2023 r. przez Odwołującego – INARE sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kędzierzyn-Koźle

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane "MAXBUD" ABJ sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania jako zarzut nr 3 oraz zarzutu określonego w pkt 5 lit. b) w części dotyczącej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zakresu objętego opcją w związku z cofnięciem odwołania w przedmiotowym zakresie
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołujcego i:

   3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,

   3.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 460 zł (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1768/23

Uzasadnienie

Gmina Kędzierzyn-Koźle (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie podstawowym z możliwością negocjacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem jest Adaptacja budynku po PSP nr 6 - "DUGNAD" w Kędzierzynie-Koźlu. Integracja mieszkańców oraz odbudowa relacji sąsiedzkich jako podstawa rozwoju lokalnego - II postępowanie, numer postępowania: ZP.271.1.38.2023.DM.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00187946/01.

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

Dnia 24 maja 2023 r. wykonawca INARE Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołania wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. zamówieniach, polegających na:

a)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz

b)odrzuceniu oferty INARE Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, jako dokonanych w sposób sprzeczny z Ustawą pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów.

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż Odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia i załączył dowody, które nie potwierdzają, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 224 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia ceny w zakresie objętym prawem opcji w sytuacji, kiedy zakres ten nie stanowi „istotnej części składowej ceny", a zatem Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, a z podanej ceny częściowej, jak i całościowej ceny brutto, za którą wykonawca ma zrealizować zamówienie wynika, że nie należy jej kwalifikować jako rażąco niskiej,
4. art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą, tj. oferty z dłuższym terminem realizacji zamówienia niż w odrzuconej ofercie Odwołującego,
5. art. 16 pkt 1) Pzp poprzez:

   a) nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na zupełnie inny sposób oceny ceny zakresu objętego prawem opcji w ofercie Odwołującego i innych wykonawców, których ceny zakresu dodatkowego (opcyjnego) także były niższe od wartości szacunkowej w kosztorysie inwestorskim za przedmiotowy zakres opcji, a którzy nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w tym zakresie;

   b) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zakresu objętego opcją, odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny oraz wyboru oferty o 235.000 zł brutto tańszej od oferty uznanej za rażąco niską.

   W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i

nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego „MAXBUD" ABJ sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego – INARE Sp. z o.o.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty INARE Sp. z o.o.
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się poniesionych kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, niezgodne z Ustawą pzp odrzucenie oferty Odwołującego jako rażąco niskiej i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty o 235 000,00 zł brutto niżej, ale z dłuższym czasem realizacji zamówienia, złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „MAXIBUD" ABJ Sp. z o.o. doprowadziło bezpośrednio do narażenia Odwołującego na bral możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 30 maja 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wyliczenia ceny dla zakresu objętego prawem opcji, wskazując, że zaoferowana przez wykonawcę cena za przedmiotowy zakres wynosząca 1 488 000,00 zł brutto odbiega o ok. 37,03% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za zakres prawa opcji wynoszącej 2 363 168,72 zł brutto i jako taka wydaje się ceną rażąco niską.
Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 2 czerwca 2023 r. przedstawił wyjaśnienia wskazując, że:
- w cenę 1 488 000,00 zł brutto wkalkulowany został zysk na poziomie ok 5% (23 736,94 zł netto)
- założono koszty pośrednie na poziomie 100 948,12 zł netto oraz koszty bezpośrednie przyjęto w wysokości: 1 085 071,04 zł netto
- cena oferty w zakresie prawa opcji (jak i w zakresie podstawowym) została skalkulowana zgodnie z wymogami SIWZ i wzoru umowy, uwzględniając wszystkie zobowiązania i obejmując wszystkie koszy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, a także z uwzględnieniem jednoczesności realizacji zakresu podstawowego z zakresem robót objętych opcją,
- cena jest w pełni rynkowa i odpowiada warunkom stawianym przez Zamawiającego, stanowiąc jednocześnie bilans sprzyjających i dostępnych dla Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, a to:
• Doświadczenie
• Rabaty i upusty u dostawców – duża ilość zamówień dokonanych przez Odwołującego u jego kontrahentów, stała współpraca z dostawcami, przekłada się na niższą cenę ich ofert. Na bazie długoletniej współpracy z dostawcami zarówno sprzętu, jak i środków może korzystać z atrakcyjnych rabatów czy upustów cenowych na zakupy. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia w zakresie m.in. nawierzchni (zakup kostki brukowej, obrzeży z dużym rabatem), na dowód czego Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dowód w postaci oferty producenta kostki brukowej (OFERTA KOSTKA MARKA).
• Jednoczesność realizacji zakresu zamówienia objętego prawem opcji z zakresem podstawowym, co pozwoliło na zbilansowanie m.in. sprzętu i kadry do realizacji prac objętych prawem opcji.
• Potencjał ludzki – Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że zatrudnia doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania przedmiotowych robót, co niweluje koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym, pociągając za sobą szybkość wykonywania poszczególnych prac, co pozwoliło mu skorygować (in minus) nakład robocizny lub sprzętu w przedstawionej kalkulacji.
Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań Zamawiającego Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy (przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem płacy minimalnej) dla poszczególnych elementów robót ujętych w części objętej prawem opcji (KOSZTORYS SZCZEGÓŁOWY).
Z przedstawionego w załączniku do wyjaśnień Odwołującego z dnia 2.06.2023 r. kosztorysu szczegółowego wynika przyjęty:
- koszt robocizny ze stawką r-g 25 zł netto – 245.962,63 zł
- koszt zakupu materiałów – 711.117,15 zł netto
- koszt pracy sprzętu i maszyn – 127.991,26 zł netto
- koszty pośrednie – 100 948,12 zł netto.
Odwołujący wyjaśnił przy tym, że kalkulował zakres prawa opcji tj. robót przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu bazy katalogowej KNR oraz uwzględniając kalkulacje własne oparte na złożonych przez dostawców i podwykonawców ofertach (przedłożył do pisma oferty dostawców i podwykonawców uzasadniające przyjęcie poszczególnych wartości do kalkulacji). Zauważyć przy tym należy, że złożone przykładowo na elementy małej architektury oferty od dwóch wykonawców: MARDEREW oraz EcoCorp są do siebie zbliżone. Do kalkulacji Odwołujący przyjął niższą ofertę firmy EcoCorp, zakładając – w oparciu o swoje doświadczenie – że oferowana cena po przeprowadzonych rozmowach i negocjacjach ulegnie obniżeniu na korzyść zamawiającego.
Przy czym, zebrane oferty od podmiotów potencjalnie zainteresowanych zawarciem stosownej umowy i wykonaniem zadania dla Odwolującego (np. w zakresie Elementów małej architektury) sporządzone zostały po dogłębnej analizie SIWZ oraz uwzględnieniem koniecznego przy prowadzeniu działalności gospodarczej zysku.
Odwołujący podkreślił w oparciu m.in. o wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2020 r. KIO 486/20, że jeżeli wykonawca wykaże, że jest w stanie ponieść koszty realizacji zamówienia publicznego oraz uzyskać zysk z tego tytułu, to zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.
Dnia 16.06.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – Przedsiębiorstwa Budowlanego „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Wykonawca" bądź „MAXBUD"), któr została uznana za ważną i uzyskała w ocenie Zamawiającego najwyższą ilość punktów – 99,26 w kryterium: cena ryczałtowa brutto za zakres podstawowy [zł] – 30,00 pkt, cena ryczałtowa brutto za zakres prawa opcji [zł] – 30,00 pkt, okres gwarancji dla zakresu podstawowego i prawa opcji (mieniące) – 30,00 pkt, termin realizacji zamówienia zakresu podstawowego (dni) – 9,26 pkt.
Jednocześnie, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tj. z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską

cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W ocenie Zamawiającego przyjęta przez Odwołującego cena za zakres podstawowy jest nierealistyczna i niewiarygodna. Cena ta (1 488 000,00 zł brutto) odbiega bowiem o 37,03% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tym zakresie, a wynoszącej 2 363 168,72 zł brutto. Zaoferowana cena odbiega ponadto od wartości szacunkowej tego zakresu robót ustalonej na podstawie kosztorysu inwestorskiego o 56,55% (kosztorys inwestorski opiewa na kwotę 3 424 456,17 zł brutto), co przesądza – zdaniem Zamawiającego – o jej rażącym charakterze w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawione zaś przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie dodatkowej i według Zamawiającego nie potwierdzają one, iż możliwe i realne będzie rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę.
Z decyzją Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził, zwłaszcza, że cena całkowita brutto zaproponowana przez Odwołującego (21 985 000,00 zł) jest o 235 000 zł brutto wyższa od ceny całkowitej zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o. (21 750 000,00 zł) wybrane przez Zamawiającego z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego.
Co istotne, a całkowicie pominięte przez Zamawiającego, oferta Odwołującego (21 985 000,00 zł brutto), jak i oferta wybranego Wykonawcy, przekracza wartość szacunkową zamówienia (19 520 260,02 zł brutto), a także wartość przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości (18.000.000,00 zł brutto).
W rzeczonej sprawie Zamawiający pismem z dnia 30.05.2023 r., w odpowiedzi na wniosek MAXBUD ABJ Sp. z o.o. z dnia 16.05.2023 r. w zakresie szacowania zakresu podstawowego i zakresu prawa opcji, wskazał, że:
„zamierzeniem jest realizacji całego zakresu zamówienia (całości przedsięwzięcia inwestycyjnego). Wskazana przed otwarciem ofert kwota odnosi się zatem do całości przedmiotu zamówienia, z tym zastrzeżeniem, iż w ramach posiadanych możliwości finansowych do realizacji przeznaczony byłby (w pierwszej kolejności) zakres podstawowy (wg postanowień SWZ i PPU)"
Jest to zgodne z treścią art. 31 ust. 2 pzp: "*Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień*".
Zamawiający w rzeczonej sprawie podnosi, że cena Odwołującego za zakres prawa opcji jest o 56,55% niższa od wartości oszacowanego w kosztorysie inwestorskim na kwotę brutto 3 424 456,42 zł. Pomija jednak całkowicie cenę łączną za pełny zakres zamówienia. Jak wskazała zaś Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 19.04.2016 r., KIO 510/16, LEX nr 2026103 „*W sytuacji gdy wartość zamówienia uwzględnia opcję (co ma miejsce w niniejszej sprawie), w celu ustalenia czy nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny należy porównywać cenę z kwotą szacowaną dla zamówienia podstawowego, wycenionego w ofercie*", zgodnie bowiem „*z art. 34 ust. 5 Ustawy jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji*".
Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3.01.2018 r. XXIII Ga 1547/17, LEX nr 2749822, Odwołujący zauważa, iż: „*Nie może być więc powodem odrzucenia oferty na podstawie przesłanki zaoferowania za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegający od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady kalkulacji wewnętrznej w obrębie przedmiotu zamówienia dokonanej przez wykonawcę. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (tak np. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z 7 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-611/05, LEX nr 179370, Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 1 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 756/08, LEX nr 442749, i wyroku z 11 marca 2011 r., KIO 374/11, LEX nr 784821, czy też Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05, niepubl.). Powyższe poglądy Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Podkreślić zatem należy, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatnie rażącą niską cenę, odnosi się wyłącznie od ceny całkowitej.*"
Na uzasadnienie powyższego wskazać należy na treść art. 7 pkt 1) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9.05.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), w świetle których to przepisów ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową. Pomimo że przytoczona definicja posługuje się pojęciami kupującego i przedsiębiorcy, na gruncie ustawy stosuje się ją do wszystkich rodzajów zamówień, a więc dostaw, usług i robót budowlanych, jak też do wszystkich typów umów nazwanych i nienazwanych, które są umowami w sprawie zamówienia publicznego.
O cenie całkowitej oferty mówi także wprost art. 224 ust. 2 pzp.
W kontekście powyższego istotnym jest również zdaniem Odwołującego ryczałtowy charakter wynagrodzenia. W tego rodzaju wynagrodzeniu badanie struktury ceny całkowitej powinno mieć charakter jedynie pomocniczy, gdyż cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne części. Wykonawca mając na względzie przedmiary robót udostępnione przez Zamawiającego oraz uwzględniając właściwe sobie warunki wykonania zamówienia, wylicza (oszacowuje) jego globalną wartość. Znajduje to pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym (np. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.11.2021, XXIII Zs 117/21) zgodnie z którym, *„Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy) (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., II Ca 928/19). Załączone do oferty kosztorysy, formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego"*
Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2.02.2016 r., X GC 897/14 stwierdzono, że*„Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Jakkolwiek jest możliwe określanie tego wynagrodzenia przy wykorzystaniu kosztorysów lub innych metod kalkulacji, co jest zjawiskiem spotykanym w obrocie gospodarczym, to wymienione narzędzia mają charakter pomocniczy i informacyjny, natomiast rozstrzygające znaczenie ma cena oferty. Jednocześnie zaś z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że o interesie świadczenia, do którego wykonania wykonawca będzie zobowiązany za określoną w ofercie kwotę, nie decyduje kosztorys ale szczegółowy opis przedmiotu zamówienia"*
Powyższe wskazuje, że Zamawiający oceniając kwestię badania ceny rażąco niskiej powinien mieć na uwadze, iż zakres objęty prawem opcji związany z zagospodarowaniem terenu jest elementem zamówienia. Nie może zatem cena

z zakresu prawa opcji oceniana być bez uwzględnienia tak tego, że roboty nią objęte wykonywane będą równolegle z robotami z części podstawowej (tak wprost Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 2 z zestawu pytań nr 4 z dnia 3.02.2023 r. (vide: str. 2 *Wiążących wyjaśnień treści SWZ (z postępowania nr 1) oraz ich modyfikacje*)), jak i tego, że Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty wynagrodzenia ryczałtowego w jednej ustalonej w § 6 ust. 1 Umowy kwocie. Realizacja zakresu zamówienia objętego prawem opcji nie nastąpi bez realizacji zamówienia podstawowego (por. wyrok KIO z 8.11.2011 r., KIO 2287/11, LEX nr 1027687).
Wobec brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp, zarzut rażąco niskiej ceny można postawić tylko w odniesieniu do ceny oferty, do ceny za przedmiot zamówienia. Linia orzecznicza w zakresie braku możliwości podnoszenia zarzutu rażąco niskiej ceny wyłącznie do jednego ze składników ceny jest stała i ukształtowana od lat. Można powołać przykładowo następujące wyroki KIO: z dnia 17.07.2014 r., sygn. akt KIO 1394/14, z dnia 8.11.2011 r., sygn. akt KIO 2287/11, KIO 2339/11; z dnia 10.05.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 834/11; z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 471/11; z dnia 11.03.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 374/11; z dnia 21.12.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2650/1 o; z dnia 7.12.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2563/10; z dnia 11.05.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 661/10; z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1594/09
Powyższy jednolity pogląd Izby znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie sądów okręgowych (przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08; postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05; wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 425/05). Odwołać się także można do stanowiska doktryny potwierdzającej, że zamawiający nie może opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową oferty (por. dr D. Szczepański "*Rażąco niska cena, a czyn nieuczciwej konkurencji*", "*Zamówienia publiczne. Doradca*", 2004, Nr 9, s. 34-40 oraz J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego, wydanie trzecie, UZP, Warszawa 2007).
W ocenie Odwołującego w rzeczonej sprawie nie zaistniały podstawy by w odniesieniu do jego oferty czynić w tym zakresie wyłom i przesądzać o zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w oparciu o cenę podaną w ramach zakresu objętego opcją, pomijając kwestię podstawą – a więc cenę całkowitą za realizację przedmiotu zamówienia. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że ceny oferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu zasadniczo nie różniły się znacząco: (oferty dodatkowe brutto to: 22.175.000 zł, 22.086.000 zł, 21.985.000,00 zł – oferta Odwołującego 22.934.684,20 zł, 21.750.000,00 zł – oferta „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o.). Jedynie trzecia i szósta z ofert zawierające cenę kolejno 24.900.000,00 zł i 28.000.000,00 zł odbiegają od przeciętnego poziomu cen.
Wszystkie oferty całkowite przekraczają zaś podaną przez Zamawiającego szacunkową wartość zamówienia, tj. kwotę 19.520.260,01 zł brutto.
Reasumując tą część odwołania, zauważyć trzeba, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Postępowanie zamawiającego w ogóle związane z wezwaniem wykonawcy (Odwołującego) do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny należało zatem ocenić za całkowicie nieprawidłowe. Porównanie całkowitej wartości przewidzianej przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia i ofert poszczególnych wykonawców pozwala na jednoznaczną ocenę, iż wartość zaoferowana przez Odwołującego w żadnym wypadku nie odbiega rażąco od cen pozostałych konkurentów, a od oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest o 235 000,00 zł wyższa.
Przechodząc do kolejnych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż w treści *Informacji o wyniku postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej)* z dnia 16.06.2023 r. przytoczył wyrok KIO z dnia 18.01.2019 r., KIO 2678/18, LEX nr 2630064 na uzasadnienie badania rażąco niskiej ceny tylko w zakresie prawa opcji w oparciu o art. 224 ust. 1 pzp, zgodnie z którym: „*Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych*." Zdaniem Zamawiającego o istotności prawa opcji świadczyć ma przypisanie dla tego zakresu wagi 30% w punktacji (takiej samej jak dla zakresu podstawowego).
Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest zdaniem Odwołującego nieprawidłowe co prowadzi do naruszenia art. 224 ust. 1 pzp poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, kiedy ani zakresu robót objętego prawem opcji nie sposób uznać za „istotną część składową" przedmiotu zamówienia, ani też zaproponowana przez Odwołującego cena brutto w zakresie prawa opcji nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani też nie wskazuje na niemożność wykonania tegoż przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.
W trakcie wyjaśniania ceny i przy ustalaniu wpływu na cenę całkowitą Zamawiający jest obowiązany do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie zasad i podstaw ustalenia istotnych części składowych ceny (art. 224 ust. 1 pzp). Ustawodawca nie wyjaśnia znaczenia zwrotu "istotna część składowa", chodzi więc o jego językowe rozumienie, tj. część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Obowiązek wyjaśniania ceny istotnego składnika zamówienia powstaje zawsze, gdy budzi ona wątpliwości. W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców.
Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jak wskazuje się w doktrynie: *„Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia"* (tak wprost A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 224). W orzecznictwie KIO podkreśla się, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (zob. np. wyrok KIO z 8.11.2021 r., KIO 3005/21, LEX nr 3347371).
W oparciu o powyższe wątpliwym jest uznanie, że zakresowi robót objętych prawem opcji, w skład których wchodzi wyłącznie 1/ nowy układ komunikacyjny, 2/ pergole w części ogrodowej, 3/ urządzenie zieleni, 4/ przebudowa pozostałego zagospodarowania terenu i instalacji zewnętrznych nie objętych zakresem podstawowym przypisać można cechę istotności. Nie są to bowiem elementy robót bez których zakres podstawowy zamówienia nie mógłby być wykonany, czy też bez którego obiekty powstałe w wyniku wykonania zakresu podstawowego nie mogłyby funkcjonować.
Waga danego zakresu w punktacji przyjętej przez Zamawiającego nie może przesadzać o istotności danego elementu,

który – przyjmując za prawdziwe twierdzenia Zamawiającego – oszacowany został w kosztorysie inwestorskim na kwotę 3 424 456,42 zł brutto przy szacunkowej wartości całego zamówienia na kwotę 19 520 260,02 zł, co stanowi niespełna 6,68% wartości całego kosztorysu inwestorskiego.
Co więcej, skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, iż wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski charakter. W rzeczonej sprawie wpływ ceny z zakresu prawa opcji na cenę całkowitą przesądza, że nie sposób mówić o jakimkolwiek rażąco niskim charakterze tak części składowej ceny, jak i cenie całkowitej. Tym samym badanie wyłącznie ceny z zakresu prawa opcji zaoferowanej przez Odwołującego. stanowi naruszenie przepisu art. 224 ust. 1 pzp, a w dalszej kolejności zasady równego traktowania określonej w art. 16 pzp, która: „*sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna" (*Wyrok KIO z dnia 4.03.2021 r. o sygn. akt KIO 356/21).
Postępowanie Zamawiającego związane z wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień i wykazania, że przedstawiona cena oferty w zakresie robót objętych prawem opcji nie jest rażąco niska ocenić należy jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp.
Niezależnie od powyższego, Odwołujący odniósł się do treści wyjaśnień w zakresie wezwania Zamawiającego z dnia 30.05.2023 r. i ich oceny dokonanej przez Zamawiającego dnia 16.06.2023 r. W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż wezwanie skierowane do niego dnia 30.05.2023 r. dotyczyło wyłącznie ceny zaoferowanej za wykonanie zakresu robót budowalnych (zewnętrznych) objętych prawem opcji, która to cena (a właściwie - z uwagi na powyżej przytoczone przepisy prawa zamówień publicznych – rzec należy – istotna część składowa ceny) – wydała się Zamawiającemu rażąco niska, w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wzbudziła wątpliwości co do możliwości wykonania tegoż zakresu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powołując art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień celem ustalenia, „*czy cena zaoferowana przez Wykonawcę jest realistyczna i wiarygodna, jak również eliminacja sytuacji, w której oferta zostałaby odrzucona z błahego powodu, bez możliwości uprzedniego złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień*" (tak Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego).
Odwołujący wskazując w swoich wyjaśnieniach na uwzględnienie w wycenie robót objętych prawem opcji faktu ich równoczesnego prowadzenia z robotami podstawowymi, przedstawił Zamawiającemu szczegółowy kosztorys zakresu robót objętych prawem opcji ze wskazaniem wszystkich niezbędnych w kosztorysowaniu elementów kalkulacji, w tym także zysku (w kwocie 23 736,94 zł netto), kosztach pośrednich (na poziomie 100 948,12 zł netto), kosztach bezpośrednich (1 085 071,04 zł netto) oraz stawki roboczogodziny 25 zł netto (łącznie 245 962,63 zł netto). Przyjęte w kalkulacji ceny Odwołujący poparł dowodami w postaci ofert dostawców i podwykonawców. Mimo to, Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wyjaśnił ceny w zakresie prawa opcji, nie sprostał wezwaniu i nie przedstawił precyzyjnych wyjaśnień, które wraz z dowodami przesądziłyby w sposób jednoznaczny, że jest on w stanie wykonać (w tak niskiej cenie) pełny zakres robót opisany przez Zamawiającego w projekcie technicznym. Przywołując wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, Zamawiający błędnie utrzymuje, że punktem odniesienia w kontekście rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia, którym jest – wg Zamawiającego – zakres robót zewnętrznych objęty prawem opcji, którego wartość oszacowana została na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę brutto 3 424 456,42 zł. Nie sposób bowiem oderwać w rzeczonym przypadku zakresu robót objętych prawem opcji od zakresu podstawowego. Oba zakresy wykonywane i rozliczane mają bowiem być równolegle (jednocześnie). W zakres objęty prawem opcji wchodzą również roboty uzupełniające zakres podstawowy (chodzi o przebudowę pozostałego zagospodarowania terenu i instalacji zewnętrznych nie objętych zakresem podstawowym).
Jak wskazano już powyżej ceny oferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu zasadniczo nie różniły się znacząco: (oferty dodatkowe brutto to: 22.175.000 zł, 22.086.000 zł, 21.985.000,00 zł – oferta Odwołującego, 22.934.684,20 zł, 21.750.000,00 zł – oferta „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o.). Jedynie trzecia i szósta z ofert zawierały cenę całkowitą brutto znacznie odbiegające od cen pozostałych oferentów (a to kolejno 24.900.000,00 zł i 28.000.000,00 zł). Porównując zaś – choć w ocenie Odwołującego jest to działanie nieprawidłowe z uwagi na treść art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp, który mówi o cenie w znaczeniu ceny całkowitej - oferty cenowe dla zakresu objętego prawem opcji, których wyceny (w ofertach dodatkowych) kształtowały się na poziomie: 2.135.000 zł, 2.040.000 zł, 800.000 zł, 1.488.000 zł, 2.094.799,53 zł, 1.950.000 zł, uwagę zwraca oferta nr 6 z najwyższą ceną 4.000.000 zł, która odbiega znacząco od przeciętnego poziomi cen, zawyżając przy tym ich średnie poziomy, co błędnie wykorzystał Zamawiający na uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.
Przy czym, Zamawiający podkreśla w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że*oferta pierwotna Wykonawcy (z dnia 11 maja) za ten sam zakres robót opiewała na kwotę 3 172 314,40 zł., zaś po negocjacjach (w dniu 25 maja) spadała o ponad 53 % do kwoty 1 488 000,00 zł,* całkowicie pomijając fakt, iż cena za zakres podstawowy Odwołującego w ofercie pierwotnej wynosiła 20 515 450,50 zł brutto, a po negocjacjach zmniejszyła się do kwoty 20 497 000,00 zł, a więc jedynie o kwotę 18 450,50 zł. Odwołujący składając ofertę dodatkową obniżył cenę za prawo opcji o kwotę 1.684.314,40 zł, a więc łącznie cena całkowita w ofercie dodatkowej spadła o kwotę 1.702.764,90 zł brutto.
Wybrany przez Zamawiającego oferent - po negocjacjach – obniżył swoją ofertę aż o 2.519.901,42 zł. Przedsiębiorstwo Budowlane „MAXBUD" ABJ Sp. z o.o. ofertę za zakres podstawowy obniżył o 369.899,90 zł, zaś za zakres objęty prawem opcji aż o 2.150.001,52 zł, czyli łącznie obniżył swoją cenę całkowitą o 2.519.901,42 zł.
Dodatkowo zauważyć należy, iż oprócz jednej oferty, żadna oferta w zakresie prawa opcji nie opiewała na kwoty równe bądź wyższe od kosztorysu inwestorskiego (jak podaje Zamawiający wynoszącej brutto 3.424.456,42 zł), co w świetle chociażby braku w SWZ jakichkolwiek szczegółowych wytycznych w zakresie określenia ceny prawa opcji nie może stanowić argumentu dla uznania ceny z oferty Odwołującego w zakresie prawa opcji za cenę rażąco niską.
Kwestie te Zamawiający całkowicie pominął przy ocenie złożonej przez Odwołującego oferty oraz treści jego wyjaśnień z dnia 2.06.2023 r. Tymczasem w piśmie wyjaśniającym wyliczenia ceny dla zakresu objętego prawem opcji, Odwołujący wskazał, że przy kalkulacji przedmiotowej części zamówienia (objętej prawem opcji) uwzględniono jednoczesność realizacji zakresu podstawowego. Do kwestii tej Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł.
Według stanowiska Odwołującego w SWZ Zamawiający nie zakazywał skalkulowania części kosztów prawa opcji w zamówieniu podstawowym, tak jak i nie narzucał – jak czyni to obecnie – przyjęcia w kalkulacji określonych poziomów kosztów pośrednich, zysku czy kosztów zakupu. Na stronie 10 *Informacji o wyniku postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej)* Zamawiający podnosi, że „*Do ww. pisma przedstawiony został również kosztorys, gdzie zastosowana została co prawda stawka kosztorysowa roboczogodziny 25 zł netto, tym niemniej przyjęto jednoczenie bardzo niski poziom kosztów pośrednich na poziomie (27%), kiedy standardowo w robotach budowlanych jest to około 60% oraz obiektywnie niski poziom zysku 5%. Pominięto jednoczenie koszty zakupów przyjmując, że są one zawarte w cenie materiału, co zdaniem Zamawiającego nie polega na prawdzie, że pozyskanie materiałów nic nie kosztuje. Zdaniem*

Zamawiającego taki stan rzeczy nie może się ostać". Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 maja 2022 r., KIO 1029/22, LEX nr 3418768, w którym zauważono, iż sposób kalkulacji ceny oferty należy do każdego z Wykonawców, a przerzucenie pewnych kosztów do części zamówienia, które jest zamówieniem pewnym (zamówienie podstawowe), względem części zamówienia, które jest przyszłe i niepewne - jakim jest realizacja zamówienia w ramach prawa opcji - nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Każdy z wykonawców może kreować postanowienia swojej oferty według własnego uznania uwzględniając i rozkładając zauważalne przez siebie ryzyka, którymi obarczone jest *de facto* każde postępowanie. Odwołujący mógł więc w swojej opinii – chociażby z uwagi na ryzyko nieskorzystania przez Zamawiającego z opcji – uwzględnić wszystkie koszty stałe realizacji zamówienia w cenach za zakres podstawowy zamówienia. Wszak to ten zakres jest przeważający i to on wymagać będzie od Wykonawcy znacznie większego nakładu pracy tak na etapie przygotowania produkcji, ofertowania, organizowania dostaw czy kontraktowania podwykonawców. Z tego względu cena w ramach prawa opcji zaoferowana przez Odwołującego mogła być niższa, gdyż obejmowała wyłącznie bezpośrednie koszty realizacji oraz zysk.
W zakresie oceny przez Zamawiającego zbyt niskiej zyskowności tej części zamówienia, zauważyć należy, iż zysk na poziomie 5% nie uwzględnia zysku zakładanego dla części podstawowej przedmiotu zamówienia. Logicznym jest, iż kalkulacji oferty z ceną ryczałtową pewne elementy robót będą bardziej rentowne niż inne. Istotnym jest jednak to, żeby kwota całościowa umówionego finalnie wynagrodzenia była dla oferenta satysfakcjonująca. Zamawiający nie wskazał przy tym, jaki zysk byłby dla niego akceptowalny, wskazując tylko, że zysk 5% jest obiektywnie niski.
W zakresie kosztów pośrednich przyjętych na poziomie 27%, które Zamawiający ocenił jako znacząco odbiegające od standardowo w robotach budowlanych przyjętych kosztów pośrednich na poziomie 60%, zauważyć należy, iż koszt pośrednie obejmują koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Z uwagi na realizację robót objętych prawem opcji równolegle do zakresu podstawowego, składniki te mogły zostać uwzględnione w mniejszych niż zazwyczaj proporcjach.
W kosztorysie złożonym przy wyjaśnieniach Odwołującego wartość robocizny - 245 962,63 zł netto została określona na podstawie ilości potrzebnych godzin pracy oraz stawki za roboczogodzinę. Stawka za roboczogodzinę przyjęta przez Odwołującego w kosztorysie wynosi 25 zł netto (33,34 zł brutto) i jest zgodna z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13.09.2022 r. *w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.* (Dz.U. 2022 poz. 1952).
Jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce przyjęto:
• obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej od 1 lipca do 31grudnia 2023 roku tj. 3.600,00 zł brutto,
• średni miesięczny czas pracy dla 2023 roku wynoszący 167 godzin.
Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy wyjściowa stawka za roboczo-godzinę wynosi 21,5569 zł.
Powyższą stawkę uzupełniono o podstawowe narzuty (łącznie 4,486 zł):
• 9,76% ubezpieczenie emerytalne (21,5569 * 0,0976) - 2,1040 zł
• 6,50% ubezpieczenie rentowe (21,5569 * 0,0650) - 1,4012 zł
• 2,00% ubezpieczenie wypadkowe (21,5569 * 0,0200) - 0,4311 zł
• 2,45% Fundusz Pracy (21,5569 * 0,0245) - 0,5281 zł
• 0,10% Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (21,5569 * 0,0100) - 0,0216 zł
Dalej, zauważyć należy, iż Zamawiający ocenił jako niewiarygodne okoliczność w postaci doświadczenia wykonawcy, które stanowi obiektywny czynnik pozwalający na obniżenie ceny. Zamawiający wytknął przy tym, że Odwołujący polega w rzeczonym postępowaniu na zasobach podmiotu trzeciego – BIPV System sp. z o.o. z Rzeszowa oraz że przedsiębiorstwo Odwołującego zarejestrowane zostało 23.12.2021 r. (tak na str. 10 *Informacji* z dnia 16.06.2023 r.).
Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii rejestracji spółki Odwołującego w grudniu 2021 r., zarzucić należy pominięcie przez Zamawiającego treści Rubryki 6 „*Sposób powstania spółki*" odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, gdzie wskazano: „*przekształcenie*". Dnia 23.12.2021 r. doszło bowiem do zarejestrowania przekształcenia spółki pod firmą: INARE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (KRS 0000733706, dalej jako „Spółka Przekształcana") w spółkę pod firmą: INARE Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KRS 000941732, dalej „Spółka" lub „Spółka Przekształcona"). Co istotne, przekształcenie zostało dokonane na podstawie art. 551 i następnych ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1577 ze zm., dalej jako „k.s.h."). Spółka Przekształcana zmieniła formę prawną ze spółki komandytowej w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie jednak z art. 553 § 1 k.s.h., w wyniku przekształcenia, Spółce Przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki Spółki Przekształcanej (tzw. zasada kontynuacji). Spółka Przekształcona stała się w szczególności podmiotem wszelkich praw przysługujących Spółce Przekształcanej. Spółka Przekształcona pozostaje także stroną wszelkich umów zawartych przez Spółkę Przekształcaną i złożonych przez jej reprezentantów oświadczeń. Spółka Przekształcana działa na rynku usług budowlanych od 25.05.2018 r. (vide: *Informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla INARE Spółki z o.o. spółki komandytowej*).
Odnośnie zaś zaangażowania doświadczonego podwykonawcy – BIPV SYSTEM Sp. z o.o. – Odwołujący podkreśli należy, iż doświadczenie tego podmiotu traktuje jako swoje, skoro na jego zasoby się powołuje w postępowaniu i z których to zasobów będzie korzystał przy realizacji zamówienia. Powierzenie podwykonawcy części robót z zakresu objętego także prawem opcji nie wyklucza zaangażowania Odwołującego. Podwykonawca nie będzie wykonywał całego zakresu robót objętego opcją samodzielnie, ale pod nadzorem Odwołującego i przy udziale także innych podwykonawców podległych Odwołującemu. Zarzut Zamawiającego w tym zakresie jest zatem niezrozumiały.
Podobnie za niezrozumiałe w ocenie Odwołującego uznać należy przyjmowanie, że skoro oferty przedłożone przez Odwołującego na dostawę elementów małej architektury odbiegają od kwoty ustalonej na przedmiotowy element w kosztorysie inwestorskim, to Odwołujący przyjął parametry jakościowo niższe/ gorsze od wymaganych przez Zamawiającego. Taka teza Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia przy uwzględnieniu treści projektowanej umowy na przedmiotowe zamówienie oraz charakteru umawianego wynagrodzenia – ryczałt. Podkreślić ponownie wypada, że złożone w toku wyjaśnień ceny kosztorysy mają charakter informacyjny, wskazują na możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji za zaoferowaną kwotę. Poszczególne składniki, w tym ceny jednostkowe robót, w ryczałcie nie mają zdaniem Odwołującego znaczenia.
Kosztorys inwestorski nie został udostępniony Odwołującemu – dlatego nie jest możliwe odniesienie się do wartości rzekomo z niego wynikających, które – z jednej strony w zakresie prawa opcji przekraczają szacunki nie tylko Odwołującego, ale i innych oferentów (wszak jeden z nich za zakres objęty prawem opcji podał cenę 800.000 zł brutto, wyjaśniając szczegółowo w wyjaśnieniach ceny z dnia 2.06.2023 r. kalkulację tej części zamówienia), z drugiej zaś – w zakresie całości zamówienia (19.520.260,02 zł brutto) jest mniejsza od złożonych ofert.

Co istotne, kosztorys inwestorski nie uwzględnia czynników takich jak wiedza i doświadczenie w realizowaniu i wycenie robót, zdolności wykonawcy do współpracy z dostawcami na korzystnych warunkach oraz posiadanie przez wykonawcę zasobów, know-how, czy – jak w przypadku Odwołującego – powiązań osobowo- kapitałowych z hurtownią materiałów budowlanych (spółka JOVO Sp. z o.o. prowadzona pod tym samym adresem co Odwołujący i powiązana osobowo z Odwołującym, https://www.jovo.pl/, vide: *Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu KRS dla spółki JOVO Sp. z o.o.)*. Kosztorys inwestorski jak wskazuje Odwołujący nie uwzględnia szeregu korzystnych warunków wykonywania zamówienia.
Mając na uwadze powyższe, dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na cenę rażąco niską, przy uwzględnieniu, iż cena ta jest wyższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę wybranego przez Zamawiającego, o kwotę 235 000,00 zł brutto stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp.
Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niska cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rzeczonej sprawie przypadek taki nie wystąpił. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny i wybraniu oferty o 235 000,00 zł tańszej od odrzuconej oferty Odwołującego stanowi także naruszenie art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przytoczony przepis brzmi: "*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny".
Przepis ten zawiera podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności. Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Wykonawcy powinni więc być jednakowo traktowani na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.
Dodatkowo, wybór oferty innej niż najkorzystniejsza, która została odrzucona z uwagi na błędne działanie Zamawiającego, narusza również art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: "*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".
Zasada efektywności wyraża się w obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (jeżeli są oczywiście możliwe do osiągnięcia). W świetle tej zasady Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług i robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia ale w ramach środków, które może przeznaczyć na jego realizację. Istotna jest więc efektywność samego procesu udzielenia zamówienia, w ramach którego Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania takich procedur i takich instrumentów, które pozwolą na osiągnięcie rezultatu w postaci prawidłowo i sprawnie przeprowadzonego postępowania zakończonego udzieleniem zamówienia.
Postępowanie, w tej części, która jest przedmiotem zaskarżenia, nie zostało zdaniem Odwołującego przeprowadzone prawidłowo. Zamawiający wezwał bowiem nieprawidłowo Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i następnie dokonał błędnej oceny złożonych dokumentów. Prawidłowa ocena wyjaśnień Odwołującego - jak już wyżej wskazano – nie powinna prowadzić do odrzucenia jego oferty, ale do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej (oferta Odwołującego zdobyła bowiem najwyższą ilość punktów). Tym samym w ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty, która nie podlegała odrzuceniu w oparciu o zastosowany przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp i wybór oferty Wykonawcy, który uzyskał mniejszą liczbę punktów w punktacji Zamawiającego, pociąga za sobą konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty i poprzedzającej ją czynności odrzucenia oferty. Pozostawienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty nie pozwoliłoby bowiem według stanowiska Odwołującego zawrzeć ważnej umowy. Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 17 ust. 2 ustawy obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.
W świetle przedstawionych rozważań należy zdaniem Odwołującego dojść do przekonania, że czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Odwołującego i uznanie, że podlega ona odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę, a następnie dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego MAXBUD ABJ Sp. z o.o., która w zakresie ceny była o 235 000,00 zł brutto tańsza od oferty dotkniętej rzekomo wadą w postaci rażąco niskiej ceny, jest niezgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i jako taka winna zostać unieważniona. Powyższe czyni w pełni zasadnym zawarte w treści odwołania żądania i z tego też względu w ocenie Odwołującego powinno zostać uwzględnione.

W dniu 3 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko na poparcie ww. wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane “MAXBUD” ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem 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.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut określony w treści odwołania jako zarzut oznaczony w odwołaniu jako pkt 3 oraz oznaczony w odwołaniu jako pkt 5 lit. b) w części dotyczącej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zakresu objętego opcją.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy 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. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;

Art. 224 ust. 6 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 koszt*;

Art. 239 ust. 1 pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie w przedmiotowej sprawie dotyczyło przede wszystkim kwestii rażąco niskiej ceny, a dokładniej rzecz ujmując czynności odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu. W związku z tym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy najistotniejsze znaczenie miały: wezwanie z dnia 30 maja 2023 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zwane dalej jako: „wezwanie"), wyjaśnienia z dnia 2 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie oraz uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym z dnia 16 czerwca 2023 r.

W ocenie składu orzekającego punktem wyjścia w procesie rozstrzygania było wezwanie, ponieważ to wezwanie determinuje treść złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji wpływa na ich ocenę w procesie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwanie wskazywało, że w celu zweryfikowania, czy część składowa (tj. zakres robót objęty prawem opcji) została skalkulowana w prawidłowy sposób i uwzględnia wymagania wynikające z dokumentów zamówienia, konieczne jest ze strony Odwołującego złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny dla zakresu objętego prawem opcji. Skonkretyzowane wezwanie skierowane do odwołującego zrodziło więc po jego stronie obowiązek przedstawienia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych założeń, a także umożliwiających potwierdzenie, że wszystkie wymagania określone w SWZ, a gwarantujące wykonanie zamówienia na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie, zostały przez odwołującego uwzględnione w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione. Nie powinno budzić przy tym wątpliwości, że wszystkie koszty związane z realizacją danego zadania należy uwzględnić w cenie oferty i powinny one zostać pokryte z wynagrodzenia uzyskiwanego od zamawiającego, gwarantując jednocześnie osiągnięcie zysku, który jest celem ubiegania się o zamówienie publiczne. Wykonawca powinien także wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy – wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. Z ust. 6 przywołanego przepisu wynika natomiast, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jako ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba stwierdziła, że zamawiający w wezwaniu szczegółowo wskazał jakiego rodzaju oraz zakresu informacji oczekuje od odwołującego. Zamawiający wzywał do przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych (tj. zakresu z prawa opcji). W szczególności wniósł o przedłożenie sposobu kalkulacji zakresu prawa opcji tj. robót przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia (projekt), harmonogramie rzeczowo-finansowym np. kosztorys szczegółowy, inne szczegółowe wyliczenia, kalkulacje. Kosztorys (kalkulacje) miały zawierać wyliczenie wszelkich kosztów wykonania prawa opcji w tym m.in. koszty robocizny, koszty zakupu materiałów, koszty pracy sprzętu i maszyn oraz pozostałe koszty mające wpływ na wyliczenia ceny. Dla przedstawionego kosztorysu (kalkulacji) należało ponadto wyjaśnić przyjętą metodę jego przygotowania. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że z uwagi na wskazanie w treści oferty zakresu realizowanego z wykorzystaniem podwykonawcy-podmiotu udostępniającego zasoby wnosimy o wykazanie również ww. kosztów podwykonawstwa. Dodatkowo zamawiający wskazał na konieczność przedstawienia informacji dot. poziomu przyjętych kosztów pracy wraz ze sposobem ich wyliczenia oraz przedstawieniem stosownych środków dowodowych potwierdzających zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Zamawiający zaznaczył, że kosztem pracy są również także obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) i inne. Nadto, Zamawiający oczekuje wyjaśnień w zakresie wykazania, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Zamawiający oczekuje precyzyjnych wyjaśnień i dowodów które pozwoliłyby uzasadnić, iż przy zaoferowanej cenie Wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający wezwał o podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie odwołujący wycenił w ofercie, oraz przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych w wezwaniu, ale także innych, które odwołujący uważał za istotne. W związku z powyższym, odwołujący został zobligowany do przekazania materiału wystarczającego do uznania przez zamawiającego, że zaoferowana w ofercie

cena, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia, została prawidłowo obliczona i jednocześnie – realna.

Jak ustaliła Izba zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zwrócił przede wszystkim uwagę, że złożone wyjaśnienia nie odnoszą się w całości do zagadnień, które były przedmiotem skierowanego wezwania, w szczególności brak jest m.in. szczegółowych wskazań (wyliczeń) odnośnie do kwestii obiektywnych czynników, które pozwoliły na tak istotne obniżenie ceny oraz brak konkretnej informacji w jakim stopniu dzięki owym czynnikom cena została istotnie obniżona. W treści wezwania Zamawiający wskazał wprost na obowiązek przedstawienia dowodów na twierdzenia wskazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę. Odwołujący przedmiotową kwestię w zasadzie pominął, ograniczając się wyłącznie do bardzo ogólnych stwierdzeń, bez przedstawienia konkretnych, wymiernych informacji. Z tak dokonaną oceną Zamawiającego należy się zgodzić w świetle wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że cena ujęta niniejszymi wyjaśnieniami jest ceną w pełni rynkową i odpowiada warunkom stawianym przez Zamawiającego, stanowiąc jednocześnie bilans sprzyjających i dostępnych dla Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zamówienia. Jednocześnie w najmniejszym stopniu Odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach szczegółowych informacji na temat tych okoliczności i warunków, jak również nie przedstawił jakichkolwiek kalkulacji, które wskazywałyby czy i w jakim wymiarze warunki te wpłynęły na możliwość obniżenia ceny. Nie wykazał również że przedmiotowe warunki są dostępne wyłącznie dla Odwołującego, a nie mają charakteru powszechnych i właściwych wielu podmiotom funkcjonującym na rynku.

Taki charakter ma pierwsza z przywoływanych przez Odwołującego okoliczności tj. jego doświadczenia, która sprowadza się do wskazania, iż Odwołujący posiada kilkuletnie doświadczenie w przedmiotowym zakresie na terenie całej Polski, zaś dotychczasowe umowy były realizowane należycie, w sposób profesjonalny, terminowy i z najwyższą starannością. Nie sposób z takich informacji. Twierdzenia te nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami czy wyliczeniami, w jaki sposób przełożyło się to na zaoferowaną cenę. z Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny, czego Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie uczynił.

Podobnie jako szczątkowy i lakoniczny należy traktować zawarty w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny argument Odwołującego wskazujący, że *z uwagi na realizację przedmiotowej części zamówienia (objętej prawem opcji) przy jednoczesnej realizacji zakresu podstawowego przyjęto posiadanie przez Wykonawcę sprzętu i kadry do realizacji prac objętych prawem opcji*. Jedynym wnioskiem jaki dało się wywieść z powyżej zacytowanej odpowiedzi było stwierdzenie, że Odwołujący dokonał „przerzucenia" części kosztów realizacji prac z zakresu prawa opcji do kosztów związanych z realizacją zakresu podstawowego. Stwierdzenie to z racji na jego ogólnikowość nie mogło zostać zaakceptowane przez zamawiającego, a poza tym nie zostało potwierdzone żadnymi dowodami, z których wynikałoby, jaka część kosztów, w jakiej wysokości została w ten sposób przeniesiona i jak jest skala oszczędności wynikających z tego tytułu dla Odwołującego. Izba stwierdziła, że dodatkowa argumentacja podana przez Odwołującego na rozprawie w zakresie powyższej okoliczności nie mogła zostać wzięta pod uwagę, ponieważ była spóźniona, gdyż nie wynikała ze złożonych wyjaśnień.

Analogicznie w przypadku przywoływanej w wyjaśnieniach przez Odwołującego okoliczności związanej z zatrudnianiem doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania przedmiotowych robót, co według Odwołującego miało niwelować koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym, pociągając za sobą szybkość wykonywania poszczególnych prac, co pozwoliło Wykonawcy skorygować (in minus) nakład robocizny lub sprzętu w przedstawionej kalkulacji. Ponownie poza gołosłownymi twierdzeniami Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń jakiego rzędu oszczędności przywołana okoliczność miałaby generować, jaki byłby koszt takich szkoleń, ilu osób miałby dotyczyć oraz jaka jest orientacyjna różnica pomiędzy kosztem realizacji przez pracownika doświadczonego w porównaniu z niedoświadczonym. Uzasadnione było zatem uznanie, że wyjaśnienia w tym zakresie są lakoniczne i nie mające przymiotu wiarygodności w kontekście badanej rażąco niskiej ceny.

Ponadto argumentacja dotycząca zatrudniania doświadczonej kadry budzi dodatkowe istotne wątpliwości w kontekście wskazanej w kalkulacji stawki roboczogodziny. Stawka ta określona w wyjaśnieniach i kosztorysie na poziomie 25 zł jest bowiem zbliżona do stawki minimalnej wynikającej z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.. Na podstawie doświadczenia życiowego oraz realiów rynkowych należy stwierdzić, że zatrudnienie wykwalifikowanych i doświadczonych pracowników branży budowlanej za stawkę zbliżoną do minimalnej może być w znacznym stopniu trudne, jeśli nie niemożliwe, co czyni przedmiotową argumentację dodatkowo wątpliwą. Ponadto również w tym zakresie Odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających twierdzenia w zakresie stosowania takiej właśnie stawki, w sytuacji gdy ich przedłożenie nie wiązałoby się dla Odwołującego ze znacznymi trudnościami, gdyż jak wynika z treści wyjaśnień są to stawki wynikające z umów z już zatrudnionymi osobami. W zakresie tym należy zatem uznać, że wbrew wyraźnemu wskazaniu zawartemu w wezwaniu Odwołujący zaniechał przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w przedłożonych przez siebie wyjaśnieniach.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że pomimo jednoznacznej treści wezwania Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił w złożonych wyjaśnieniach sposobu wyliczenia poziomu przyjętych kosztów pracy (w tym kosztów pracy jakimi są obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenia emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) i inne oraz przedstawieniem stosownych środków dowodowych potwierdzających. Całość wyjaśnień w tym zakresie sprowadzała się do wskazania stawki roboczogodziny bez wskazania i wyliczenia zawartych w wezwaniu Zamawiającego elementów kosztów pracy. Treść wezwania nie pozostawiła wątpliwości, że zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, oczekiwał przedłożenia szczegółowych wyliczeń czego Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie uczynił.

Potwierdzenie znalazł z analogicznych powodów argument o występowaniu rażąco niskiej ceny z uwagi na przyjęcie jednoczenie bardzo niskiego poziomu kosztów pośrednich na poziomie (27%). Jak wynika z przedłożonego kosztorysu obejmują one zarówno koszty pośrednie robocizny, jak i sprzętu, zaś dodatkowo w odwołaniu Odwołujący wskazał, że obejmują także koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Jednocześnie nie wskazał – czy to w wyjaśnieniach, czy to w odwołaniu jakie rodzaju konkretnie są to koszty oraz w jakiej wysokości zostały uwzględnione w przedmiotowym elemencie kosztowym. Z kolei Odwołujący nie podniósł żadnych kontrargumentów w odniesieniu do wskazanej przez Zamawiającego okoliczności pominięcia w wycenie kosztów związanych z zakupem materiałów, wobec czego okoliczność tę należy uznać za bezsporną.

Odwołujący poza wskazaniem na otrzymane oferty podwykonawców w żaden sposób nie odniósł się również w wyjaśnieniach do wezwania Zamawiającego w zakresie wykazania kosztów podwykonawstwa. Treść wezwania nie pozostawiła wątpliwości, że zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, oczekiwał przedłożenia szczegółowych wyliczeń, obrazujących w jaki sposób zostały wyliczone koszty tego zakresu ceny. Odwołujący w żaden sposób nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi zrealizowania powyższego wezwania, ograniczając się do przywołania ofert podwykonawców oraz oferowanych przez tychże podwykonawców kwot. Zamawiający wskutek powyższego nie miał możliwości weryfikacji w jaki sposób stawka ta została obliczona. W okolicznościach przedmiotowej sprawy należy co prawda zauważyć argument wynikający z wyroku Izby z dnia 15 stycznia 2021 r., o sygn. akt KIO 3348/20 wskazujący, że oferty uzyskane od podwykonawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, mogą potwierdzać wysokość zaoferowanej ceny. Niemniej jednak, jeżeli oferty podwykonawców nie umożliwiają weryfikacji w jaki sposób dana cena została obliczona, a wykonawca także nie przedstawia żadnych kalkulacji (w szczególności, gdy zamawiający wprost ich żąda), to oczywistym jest, że taka takie zachowanie nie stanowi o dochowaniu wymogów wynikających z treści wezwania. Odwołujący chcąc prawidłowo wywiązać się z obowiązku w zakresie wyjaśnień, powinien tym samym kwoty wynikające z oświadczeń podwykonawców uwiarygodnić poprzez kalkulacje, pozwalające na potwierdzenie, że faktycznie wszystkie koszty, jakie w zaoferowanej przez podwykonawcę kwocie mają się mieścić i zostały uwzględnione. Tymczasem z treści samych wyjaśnień Odwołującego, nie wynikało, aby zweryfikował on prawidłowość i wiarygodność zawartych w tych oświadczeniach kwot, bezkrytycznie opierając na nich swoją wycenę. Zdaniem składu orzekającego Zamawiający jednoznacznie oczekiwał od Odwołującego złożenia merytorycznych wyjaśnień i kalkulacji w tym zakresie, a nie składania oświadczeń podwykonawców. Tak złożone wyjaśnienia nie mogły pozwolić zamawiającemu na weryfikację, czy przedstawiona cena była ceną prawidłową i realną, gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SWZ.

Ponadto twierdzenia Odwołującego w zakresie w jakim wskazał na możliwość uzyskania preferencyjnych stawek z uwagi na wieloletnią współpracę z dostawcami, pozostały przy tym zbyt ogólne. Z samego bowiem faktu, że *na bazie długoletniej współpracy z naszymi dostawcami zarówno sprzętu, jak i środków korzystamy z atrakcyjnych rabatów czy upustów cenowych na zakupy, co skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia w zakresie m.in. nawierzchni*, nie wynika jak ta okoliczność pozwoliła ukształtować cenę zaoferowaną przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. W szczególności wskazać należy, że wieloletnia współpraca z danymi specjalistami nie stanowi okoliczności, która w jakikolwiek sposób wyróżniałaby odwołującego na tle pozostałych wykonawców na rynku, w tym także biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Współpraca z określonymi dostawcami, nie jest więc przymiotem przysługującym wyłącznie Odwołującemu, a Odwołujący nie wykazał skąd wynika możliwość uzyskania z tego tytułu przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Słusznie wskazał w tym zakresie Zamawiający, że Odwołujący nie wskazał czy to skali konkretnego rabatu i upustu, jak również w jakim konkretnym wymiarze przekłada się on na przedstawioną wycenę prawa opcji.

W orzecznictwie wskazuje się, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym 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 specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. Przepisy ustawy pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami czy wyliczeniami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

Izba stwierdziła w świetle powyższego, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania, istotna część składowa ceny w zakresie poddanym badaniu przez Zamawiającego (tj. zakres robót objęty prawem opcji) została skalkulowana w prawidłowy sposób, uwzględniała wymagania wynikające z dokumentów zamówienia i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W związku z tym Izba uznała, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 pzp, a w konsekwencji zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……