Sygn. akt: KIO 1229/23

WYROK

z dnia 16 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2023 r. przez wykonawcę:

LK INWEST Sp. z o.o. we Wrocławiu

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Jelenia Góra

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**

2.1.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 966 zł 45 gr (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych czterdzieści pięć groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem, 440 zł 00 gr (słownie: czterysta czterdzieści złotych zero groszy) i 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem innych uzasadnionych kosztów;

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

UZASADNIENIE

Miasto Jelenia Góra (Pl. Ratuszowy 58, 58-500 Jelenia Góra) (dalej również: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa" lub „Pzp") postępowanie w trybie podstawowym na: „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo – mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze" oraz „Utworzenie Domu Pomocy Społecznej przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze. Numer referencyjny: RZ.271.20.2023 (dalej również: „Postępowanie"). Warunki udziału w postępowaniu opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ"), której cześć stanowi opis przedmiotu zamówienia (dalej również" OPZ").

W dniu 2 maja 2023 r. wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę LK INWEST Sp. z o.o. (ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław) (dalej również: „Wykonawca" lub „Odwołujący") ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec nieprawidłowej i niezgodnej z prawem czynności wyboru oferty wykonawcy „MAXBUD" ABJ sp. z o.o. (ul. Bystrzycka 89, 54-215 Wrocław) (dalej również „MAXBUD") pomimo, iż:

1.oferta MAXBUD zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp powinna zostać odrzucona albowiem zawiera cenę, której istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

2.MAXBUD - pomimo złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanymi w pkt 9.1.4 lit. e Tomu I SWZ warunku dysponowania projektantem posiadającym uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz uprawnionym do projektowania w specjalności drogowej co najmniej w ograniczonym zakresie, co narusza art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty MAXBUD z uwagi na fakt, iż istotne części składowe zaoferowanej przez wykonawcę ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania MAXBUD do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia określonego w pkt 9.1.4 lit. e Tomu I SWZ warunku dysponowania projektantem posiadającym uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz uprawnionym do projektowania w specjalności drogowej co najmniej w ograniczonym zakresie, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący złożył dowód w postaci notatki z ustalenia wartości zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego, składający się na dokumentację postępowania, na okoliczność ustalenia istotnej wartości zamówienia w postaci wartości zamówienia budynek 1, która opiewa na kwotę wskazaną w pierwszej tabeli pkt 4: 5 899 097,50 zł minus PZT (projekt

zagospodarowania terenu) opiewający na kwotę 203 444, 32 zł, co daje kwotę 5 390 565,18 zł netto. Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, celem ustalenia następujących okoliczności:

- czy części ceny zaoferowanej przez MAXBUD w odniesieniu do pozycji ofertowych „wykonanie Budynku I" oraz „dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej", przy uwzględnieniu wszelkich aktualnych kosztów, w szczególności obowiązujących stawek materiałów, robocizny, niezbędnych urządzeń, są cenami realnymi, i czy możliwe jest zrealizowanie za wskazane przez MAXBUD ceny całości prac w ramach części przedmiotowej inwestycji, do której te ceny się odnoszą i czy są to ceny w rażący sposób zaniżone, niepozwalające na ukończenie całości prac przez wskazanego wykonawcę. Odwołujący wskazywał, że dowód z opinii biegłego nie jest konieczny dla wykazania zasadności zarzutu i powołany z daleko idącej procesowej ostrożności. Izba oddaliła wniosek dowody, jako nie zmierzający do rozstrzygnięcia istoty sporu a nadto wobec niekwestionowania przez Odwołującego stawek cen jednostkowych ani zakresu prac, jaki obejmuje kosztorys przedłożony przez MAXBUD, a jedynie fakt nieuwzględnienia pewnych kosztów w kosztorysie, które to koszty dotyczą kwestii ogólnych i według wyjaśnień MAXBUD uwzględnione zostały w innych pozycjach cenowych dotyczących innych cen ryczałtowych, nie podważanych przez Odwołującego i nie objętych zakresem opinii Izba uznała, że dowód prowadziłby de facto do nieuprawnionego rozszerzenia zakresu zarzutu odwołania, co sprzeczne jest z normą art. 555 Ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony (z wyłączeniem wniosku z opinii biegłego, o czym było wyżej) - oparła się na dokumentacji Postępowania, w tym również złożonej przez Odwołującego notatce z szacowania wartości zamówienia. W zakresie stanu faktycznego Izba stwierdziła, że nie jest sporny pomiędzy stronami, sporna jest ocena znaczenia określonych oświadczeń i treści zawartych w dokumentacji.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że cena ofertowa miała charakter ryczałtowy i obejmować miała całość przedsięwzięcia polegającego na utworzeniu nowoczesnego kompleksu opiekuńczo – mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów w Jeleniej Górze. Ocenie podlegała cena ofertowa i okres oferowanej gwarancji.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie przebudowy budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. Przebudowa obejmuje trzy obiekty: „Budynek 1" - funkcja docelowa - Dom Dziennego Pobytu „Senior +", obiekt budowlany kategorii XI.

„Budynek A" - utworzenie Centrum Opiekuńczo - Mieszkalnego, obiekt budowlany kategorii „Budynek B" - utworzenie Domu Pomocy Społecznej, obiekt budowlany kategorii XI.

oraz zagospodarowanie terenu (działki nr 389/4, 389/3, 389/5 dr AM-15, 478/1 dr AM-19, 449/1 dr AM-16, obręb 0013) objętego inwestycjami.

Zamawiający podzielił zamówienie na dwa zadania:

ZADANIE I obejmuje w zakresie:

1)Roboty budowlane:

a)dotyczące przebudowy obiektu oznaczonego „Budynek 1" na dom Dziennego Pobytu - „Senior +'' na podstawie posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej opracowanej w listopadzie 2019 r. przez Pracownię Projektową Format, z/s przy ul. Mickiewicza 20 B/2 w Jeleniej Górze. Zamawiający dysponuje decyzją o pozwoleniu na budowę nr 650/2019 z dnia 06.12.2019 r.

b)dotyczące przebudowy obiektu oznaczonego „Budynek A" na Centrum Opiekuńczo - Mieszkalne na podstawie posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej opracowanej w lutym 2023 r. przez Pracownię Projektową Format, z/s przy ul. Mickiewicza 20 B/2 w Jeleniej Górze. Zamawiający dysponuje decyzją o pozwoleniu na budowę nr 14/2023 z dnia 10.02.2023 r.

c)dotyczące zagospodarowania terenu wokół obiektów zgodnie z dokumentacją projektową dla „Budynku 1" i Budynku A.

2)Dostawy i montażu na „Budynku 1" instalacji fotowoltaicznej na podstawie dokumentacji projektowej opracowanej przez Wykonawcę o mocy 10 kwH.

3)Dostawy i montażu wyposażenia dla „Budynku 1" i „Budynku A" w sprzęt niezbędny do funkcjonowania obiektów o charakterze docelowym

Zamówienie realizowane jest w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych - Promesa Nr 01/2021/6469/PolskiLad wraz z warunkami zmiany. „Budynek 1" Dom Dziennego Pobytu „ Senior +" jest

dofinansowany również ze środków PFRON.
ZADANIE II obejmuje:
1)Opracowanie dokumentacji projektowej na podstawie posiadanego przez Zamawiającego Programu Funkcjonalno - Użytkowego i Koncepcji Architektonicznej sporządzonej w listopadzie 2019 r. przez Pracownię Projektową Format, z/s przy ul. Mickiewicza 20 B/2 w Jeleniej Górze;
2)Roboty budowlane:
a)dotyczące przebudowy obiektu oznaczonego „Budynek B" na Dom Pomocy Społecznej na podstawie opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej;
b)dotyczące zagospodarowania terenu wokół obiektu na podstawie opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji dla „Budynku B", wraz z dostawą i montażem tablicy informacyjnej o dofinansowaniu zadania z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych.
W Programie Funkcjonalno - Użytkowym ujęto zapisy, iż dokumentacja projektowa zagospodarowania terenu „Budynku B" musi być powiązana z zagospodarowaniem terenu „Budynku 1" i „Budynku A".
3)Dostawy i montażu wyposażenia dla „Budynku B" w sprzęt niezbędny do funkcjonowania obiektów o charakterze docelowym.
Zamówienie realizowane jest w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych - Wstępna Promesa Nr Edycja2/2021/8682/PolskiLad

Opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadania I i II zawarty jest w Tomie III Specyfikacji Warunków Zamówienia w tym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym.

Zamawiający oprócz podlegającej ocenie ceny ryczałtowej całego przedsięwzięcia, oczekiwał, wskazania przez wykonawców cen ryczałtowych odrębnie za wykonanie Zadania I i Zadania II oraz w ramach każdego z zadań odrębnie cen ryczałtowych za wykonanie w ramach Zadania I: Budynku 1, BudynkuA, zagospodarowania terenu oraz za dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznej (w trym dokumentacji projektowej) oraz dla Zadania II: za opracowanie dokumentacji projektowej, BudynkuB, zagospodarowanie terenu, wyposażenie.

Zamawiający nie doprecyzował sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności nie wskazywał proporcji, ani kosztów jakie uwzględnione mają zostać przez wykonawców w wycenach poszczególnych zadań, albo w ramach zadań poszczególnych cen ryczałtowych, w szczególności w odniesieniu do robót dotyczących przebudowy Budynku1. Sposób wyliczenia cen składowych ceny ofertowej i samej ceny ofertowej został pozostawiony wykonawcom.

W ramach Postępowania oferty złożyło 6 wykonawców. Ceny ryczałtowe ofert zawierały się w kwotach od 25 840 000 zł do 20 523 210 zł, w tym dla Zadania I zamykały się w kwotach od 15 210 000 zł do 13 011 715,36 zł. Szacunkowa wartość zamówienia po dodaniu podatku VAT to 20 102 879,64 zł. Żadna z cen ofertowych nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek Vat ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu w ramach Postępowania.

Zamawiający wezwał trzech wykonawców, w tym MAXBUD, do wyjaśnień w trybie art. 224 Ustawy Wezwanie MAXBUD nie wykraczało poza zakresopisany art. 224 ust. 3 Ustawy i odnosiło się do istotnej części składowej ceny ofertowej jako kosztów Budynku1 i kosztów instalacji fotowoltaicznej, jako budzących jego wątpliwości w świetle art. 224 ust. 1 PZP.

Udzielając wyjaśnień MAXBUD odniósł się do kwestii objętych wezwaniem do ich złożenia. Załączył szczegółowy kosztorys ofertowy dla Budynku1 sporządzony po przeprowadzeniu wizji lokalnej przebudowywanego budynku oraz ofertę innego wykonawcy z dnia 30 marca 2023 r. na realizację instalacji fotowoltaicznej dla 42,24kWh, z ceną 3145 zł /1kwh.

MAXBUD w kosztorysie ujął w rozbiciu na: opis roboty, j.m, obmiar, c.R+S, c.M., cene jed., wartość, pozycje obejmujące rozbicie ceny ryczałtowej na roboty składające się na: wzmocnienie fundamentów (1 pozycja), posadzka parter – konstrukcja (7 pozycji), taras na gruncie (5 pozycji), roboty murowane (5 pozycji), dach (9 pozycji), elewacja (5 pozycji), prace wykończeniowe wew. (3 pozycje), wykonanie sufitów podwieszonych (5 pozycji), prace malarskie (4 pozycje), toalety, łazienka, kuchnia (6 pozycji), posadzki wykończenie (9 pozycji), okna, scianki, drzwi razem (17 pozycji w tym pozycja inne nieprzewidziane powyżej), kotłownia gazowa (2 pozycje), instalacje sanitarne wewnętrzne 20 pozycji), prace elektryczne wew. (27 pozycji), instalacja odgromowa (1 pozycja), instalacje nieskoproądowe (4 pozycje).

W części wprowadzającej wyjaśnień MAXBUD w zakresie fotowoltaiki wskazał, że: „Cena wykonania dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznej wraz z dokumentacją projektową oferowana przez P. B. „MAXBUD" ABJ. Sp. z o. o., jest ceną rynkową, wiarygodną dla potrzeb wykonania tego zakresu prac, skosztorysowaną na podstawie cen dostawców, producentów, a także zweryfikowaną względem własnych doświadczeń w montażu tego typu instalacji, gdzie jako dowód możemy przedłożyć m. in. ofertę firmy specjalistycznej EL-VAR (w załączeniu - załącznik nr 1). Koszt wykonania i zaprojektowania 1 kWp instalacji, przy instalacji o mocy ok. 42 kWp, to: 3 145 zł netto, ok. 3 868,00 brutto gdzie nasza oferta w tym zakresie wynosi: 4 065 netto x 1,23 = 5 000,00 brutto.

Na podstawie tego dowodu można jednoznacznie stwierdzić, że oferowana cena, za którą Spółka MAXBUD zamierza zrealizować ten zakres prac, jest wystarczająca, rynkowa i bezpieczna.„

W części wprowadzającej wyjaśnień MAXBUD w zakresie Budynku1 wskazał, że: „(...) Inwestor w ramach postępowania we wzorze oferty nie dokonał rozbicia szczegółowego zakresu prac wraz z określeniem rzeczywistych ilości i cen jednostkowych. Do przetargu nie załączono ani kosztorysów Inwestorskich, ani przedmiarów. Kalkulacja kosztowa opierała się na własnych obliczeniach i szacunkach wykonawców na podstawie dokumentacji i wizji lokalnej w terenie, stąd możliwość występowania różnic. Każdy z wykonawców mógł w sposób dowolny dokonać podziału kosztów, na poszczególne etapy zadania ujmując (przyporządkowując) również w sposób dowolny koszty stałe firmy, koszty zarządu, koszty stałe budowy, koszty zaopatrzenia, koszty dowozu pracowników, planowany zysk firmy itp. Tym samy informujemy, że wszystkie ww. koszty ujęte zostały w sposób nieproporcjonalny do zakresu prac względem poszczególnych pozycji ofertowych.

Ponadto wymaga podkreśleniu, że podana cena 2 599 000,00 zł nie zawiera m.in :

-kosztów wznoszenia budynków (konstrukcji), ponieważ zgodnie z dokumentacją i udzieloną decyzją na budowę jest to remont obiektu,

-prace rozbiórkowe wraz z wywozem urobku zostały już na tym obiekcie wykonane,

-częściowo również poprzedni wykonawca wykonał izolację i ocieplenie fundamentów i ścian fundamentowych

-wyposażenia meblowego (dostawa wraz z montażem)

-zagospodarowania terenu wraz z małą architekturą i ogrodzeniem,

-dostawy i montażu paneli fotowoltaicznych,

a więc wycena ujęta w ofercie uwzględnia tylko zakres prac, który pozostał do wykonania względem dokumentacji projektowej.

Ponadto, po ponownym przeanalizowaniu dokumentacji wykonawczej, architektonicznej dostarczonej przez Inwestora do postępowania przetargowego stwierdzamy, że cena podana przez nas w wysokości 2 599 000,00 zł brutto jest kwotą adekwatną, wystarczająca i bezpieczna do zrealizowania zakresu prac budowlanych, jakie należy wykonać dla zadania I na „Budynku 1". Wynika to m.in. z faktu że pow. Budynku 1 wynosi ok 570 m2 co daje nam ok. 4550 zł /za m2, gdzie prace budowlane podzielone zostały na :-

roboty budowlane: 1 323 184,13 zł netto, - roboty Elektryczne i niskoprądowe : 303 824,00 netto, - roboty sanitarne wraz z kotłownia gazową: 486 000,00 netto. Szacunkowy kosztorys przedkładamy, jako załącznik do korespondencji.

W woli ustosunkowania się do Państwa wątpliwości, po ponownym przeanalizowaniu oferty oświadczamy, że oferowana przez nas kwota wykonania całego zadania jest wystarczająca, a kwota rozbicia na poszczególne elementy oferty, wynika z dowolnego ujęcia kosztów towarzyszących fizycznemu wykonaniu robót, w tym również zaplanowaniu przepływów finansowych.

Najważniejszym jednak, jest fakt, że kwota oferty jest mniejsza od wartości prac oszacowanej przez Inwestora tj. kwoty: 21 993 821 brutto tylko ok 7,15%, co dodatkowo potwierdza prawidłowość założeń i wyceny Spółki MAXBUD tego zadania Przy szacowaniu wartości oferty P. B. „MAXBUD" ABJ. Sp. z o. o. przyjęto stawkę godzinową robocizny 65 zł/r-g przekraczającą znacznie minimalną stawkę godzinową ustaloną w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Podsumowując, cena oferty złożonej przez P. B. „MAXBUD" ABJ. Sp. z o. o. w przedmiotowym przetargu nie jest ceną zaniżoną, lecz ceną realną, w żaden sposób nie odbiegającą od cen rynkowych, za którą możliwe jest wykonanie zadania w sposób określony w dokumentacji projektowej, zgodnie z obowiązującymi przepisami, z uwzględnieniem materiałów i technologii równoważnych."

Izba ustaliła, że MAXBUD składając ofertę oświadczył, że zapoznał się z SWZ i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ oraz zobowiązał się do zawarcia umowy zgodnej z jej projektem stanowiącym załącznik do SWZ. Oferta złożona została na cenę ryczałtową brutto 20 523 210 zł (dla Zadania I 13 667 000 zł w tym: 2 599 000 zł Budynek1, 8 323 000 zł BudynekA, 1 845 000 zł zagospodarowanie terenu, 50 000 zł fotowoltaika, wyposażenie Budynek1 350 000 zł, wyposażenie BudynekB 528 000 zł, dla Zadania II 6 856 210 zł w tym: 714 000 zł opracowanie dokumentacji projektowej, 5 152 210 zł BudynekB, 490 000 zł zagospodarowanie terenu, 510 000 zł wyposażenie BudynekB).

Dodatkowo Izba ustaliła, że wyceny kosztorysowe złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przez wykonawców w ramach Postępowania podobnych lub analogicznych pozycji dla wyceny prac Budynku1 w przypadku kosztorysu MAXBUD i w innych przypadkach oscylują wokół podobnych wartości. Zamawiający oceniając oferty – w tym, co do których uzyskał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny – opierał się na dowodach w podobnym charakterze, a w części podobnej wysokości jednostkowych cen kosztorysowych, uznając je za wystarczające dla wykazania prawidłowości wyceny.

Izba stwierdza, że Odwołujący kwestionował wyjaśnienia, co do Budynku1 wobec twierdzonego niemożności

ustalenia na ich podstawie, że cena ryczałtowa daje możliwość wykonania prac dotyczących Budynku1. Odwołujący podkreślał tutaj, że część kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania Budynku 1 zostało przypisanych do innych części zamówienia; ceny kosztorysowe nie zostały wyjaśnione ani nie przedłożono dowodów, które wskazywałyby na istnienie jakichkolwiek obiektywnych czynników pozwalających na wykonanie części przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę (np. ofert podwykonawców lub dostawców materiałów); niewyodrębnienie poszczególnych cen składowych skutkowałoby wadliwym złożeniem oferty; wykonawca w treści udzielonych zamawiającemu wyjaśnień wprost potwierdził że w pozycji ofertowej odnoszącej się do „Budynku 1" nie ujął wszystkich kosztów związanych z tą częścią zadania, co powoduje, że cena jest niekompletna, podział części kosztów nieujętych w kosztorysie został rozdzielony dowolnie i nieproporcjonalnie na poszczególne etapy zadania (m.in. koszty stałe firmy, koszty zarządu, koszty stałe budowy, koszty zaopatrzenia, koszty dowozu pracowników, planowany zysk firmy itp.), co spowodowało zaniżenie ceny za wykonanie Budynku 1, poszczególne pozycje ofertowe opodatkowane są różnymi stawkami VAT: dla Budynku 1 - 23%, dla Budynku A - 8% i nieproporcjonalny podział kosztów, na który powołuje się MAXBUD, prowadzi do nielegalnego zaniżenia wartości podatku VAT o 15% od wartości kosztów, które wykonawca dowolnie i niezgodnie z faktycznym zakresem robót przeniósł pomiędzy pozycjami ofertowymi. Tutaj Wykonawca podkreślał, że wartość tych kosztów wynosiła 1.629.126,60 zł jako różnica pomiędzy ceną za wykonanie „Budynku 1" oferowaną przez wykonawcę, a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, co skutkuje oszczędnością MAXBUD na poziomie 244.368,99 zł co z kolei narusza zasadę uczciwej konkurencji. Wykonawca podkreślał ryzyko, jakie wiąże się z podziałem kosztów w sposób nieznajdujący odzwierciedlenia w faktycznym zakresie robót jako że „tworzy pole do wielu nadużyć i rodzi po stronie zamawiającego ogromne ryzyko w zakresie gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zawartą umową. Mając na uwadze, że w istocie na zamówienie składa się wiele pomniejszych zakresów robót, zaniżenie wartości wykonania poszczególnych z nich może wpływać na ewentualne przyszłe roszczenia odszkodowawcze co do danych części czy wysokość kar umownych. Co więcej ryzyko zamawiającego może się zaktualizować również w przypadku, gdy wykonawca po zrealizowaniu robót przy Budynku A zaniecha kontynuowania prac. Wynagrodzenie pobrane przez wykonawcę za wykonanie „Budynku A" wyniesie 8.323.000,00 zł, pomimo, że faktyczna wartość wykonanych robót jest o wiele niższa (wykonawca, przygotowując ofertę, w cenie za wykonanie tej części przedmiotu zamówienia uwzględnił koszty faktycznie związane z wykonaniem „Budynku 1"). W tej sytuacji z uwagi na fakt, że znaczną część wartości zamówienia skonsumuje należne wykonawcy wynagrodzenie za realizację „Budynku A", w budżecie zamawiającego powstanie deficyt, niepozwalający na pokrycie realnego kosztu wykonania „Budynku 1" (wykonawca niejako przyznaje, że wartość tą znacznie zaniżył)."

Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia lub gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba wskazuje, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Takie domniemanie zostaje obalone w sytuacji wystąpienia przesłanek z art. 224 ust. 1 -3 Pzp. W szczególności w przypadku konieczności zastosowania przepisu art. 224 ust. 2 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, w sytuacji gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zaś w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający jedynie może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień.

W niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki z art. 224 ust. 2 Ustawy obligujące zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Wątpliwości, jakie wzbudziły pierwotnie wartości istotnych części składowych oferty zostały zaś wyjaśnione przez MAXBUD, czemu Zamawiający dał wyraz dokonując oceny tej oferty.

Podkreślenie wymaga, co znajduje zastosowanie do obu kwestionowanych składników ceny ofertowej, że zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby

Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

W niniejszej sprawie oznacza to, że to na skarżącym, który kwestionuje wybór oferty konkurenta, która jego zdaniem zawiera rażąco niską cenę - spoczywa ciężar wykazania, w jakim zakresie i w stosunku do jakich kwot oferta wykonawca zawiera rażąco niską cenę i ewentualne przedłożenie dowodów na poparcie tych twierdzeń lub w jakim zakresie MAXBUD nie sprostał obowiązkowi udzielenia wyjaśnień i wykazania realności ceny.

W niniejszej sprawie Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał.

Argumentacja odwołania oparta jest w dużej mierze na gołosłownych twierdzeniach i oświadczeniach. Założenie odwołania nie znajduje zaś uzasadnienia w SWZ nie kształtującym w żadnej mierze sposobu wyceny ceny ofertowej

Wykonawca nie wykazał, by istniały koszty niezbędne do poniesienia w celu wykonania zamówienia, które nie zostały uwzględnione i wycenione przez MAXBUD, w tym także Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, by cena ofertowa oferty MAXBUD nie wystarczała na prawidłowe – zgodne z SWZ i przepisami – wykonanie całości zamówienia ani nawet jego istotnej części.

Dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp skierowana jest do zamawiającego i żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny składowe wydają się rażąco niskie zamawiającemu, który dopiero w sytuacji powzięcia wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów winien wystąpić o wyjaśnienia. Analiza ceny i wyjaśnień ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Tutaj po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający uznał cenę za wiarygodną i realna. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należało oczekiwać wykazania, że wycena miała charakter wadliwy a nadto, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania SWZ. Odwołujący powyższych okoliczności nie wykazał. J
Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Ponadto za rażąco niską cenę lub koszt uznaje się cenę lub koszt nierealistyczny, który wydaje się niewiarygodny w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również innych ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. „Zamawiający jest uprawniony do badania ceny oferty oraz jej poszczególnych elementów, nawet w przypadku, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Niemniej, o ile można zgodzić się, iż przedmiotem badania celem ustalenia czy cena oferty nie jest rażąco niska może być również cena za jeden z elementów składających się na cały przedmiot zamówienia to nie zmienia to faktu, iż nadal cenę takiego elementu trzeba będzie odnosić do całościowej ceny oferty i jego wpływu na tą cenę" (tak w wyroku z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 368/14).

W zakresie kosztów fotowoltaiki Izba uznała wyjaśnienia za wystarczające i miarodajne oraz uzasadniające decyzję Zamawiającego. Jednocześnie kwestia rynkowości i realności ceny nie była podważana przez Odwołującego, co potwierdza treść odwołania oraz wyjaśnienia. Zarzut dotyczył samej treści wyjaśnień jako niewystarczających i niepopartych właściwymi dowodami. W ocenie Izby wyjaśnienia czyniły zadość zapytaniu, a rynkowość i realność kwoty oferowanej potwierdziła załączona przez MAXBUD oferta z okresu poprzedzającego złożenie oferty.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że cena części składowej tj. robót Budynku1 jest rażąco niska. Odwołujący nie kwestionował żadnej z pozycji kosztorysowych MAXBUD, wskazując jedynie na brak wykazania ich wysokości dodatkowymi dowodami. Zarzut sprowadzał się do nieujęcia w kosztorysie i w konsekwencji ceny ryczałtowej za Budynek1 innych kosztów związanych z Budynkiem1 tj. kosztów stałych firmy, kosztów zarządu, kosztów stałych budowy, kosztów zaopatrzenia, kosztów dowozu pracowników, planowanego zysku firmy itp. oraz dodatkowo nieujęcia w kosztorysie kosztów prac konstrukcyjnych i prac rozbiórkowych z wywozem urobku. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w treści oferty MAXBUD ani jego wyjaśnieniach.

Izba stwierdza, że wobec braku doregulowania sposobu wyceny ceny ofertowej przez Zamawiającego, w tym w zakresie kształtowania ceny ryczałtowej za
Zadanie I w tym także za Budynek 1 - wykonawcy, który wyceniając cenę za Budynek 1 z uwzględnieniem kosztów robót i materiałów jednocześnie inne poza wymienionymi w kosztorysie koszty i zysk ujął nieproporcjonalnie do kosztów w ramach zadania dla poszczególnych jego części nie sposób postawić zarzutu działania niezgodnie z warunkami postępowania skutkującego odrzuceniem oferty. Dokonanie wyceny całości prac objętych zamówieniem potwierdza treść oferty. Treść wyjaśnień także nie potwierdza nieprawidłowości wyceny. W zakresie ogólnikowego zarzutu

wyłączenia z wyceny robót konstrukcyjnych (nadproży), który opiera się na treści wyjaśnień, Izba wskazuje, że wyjaśnienia, wbrew twierdzeniu Odwołującego, wskazują jedynie na pominięcie przez MAXBUD w cenie za Budynek1 kosztów wznoszenia budynku (konstrukcji), ponieważ zgodnie z dokumentacją i udzieloną decyzją na budowę jest to remont budynku. W ocenie Izby twierdzenie Odwołującego jest w tym zakresie nadinterpretacją, sprzeczną z brzmieniem wyjaśnień i oferty. Założenie wyłączenia kosztów wznoszenia budynku (konstrukcji) nie jest równoznaczne z wyłączenie robót konstrukcyjnych i ich kosztów z wyceny. Podobnie o Odwołujący nie wykazał też, by prace o charakterze konstrukcyjnym Budynku1 niezwiązane z wznoszeniem lecz remontem/ przebudową nie były objęte wyceną i oferta MAXBUD, w tym także w innej pozycji kosztorysu lub wyceny innego elementu robót w ramach Zadania I, w szczególności by nie zostały ujęte w pozycji prac innych nieprzewidzianych powyżej odnoszących się do prac dotyczący okien, ścianek i drzwi. Analogicznie o nieprawidłowości wyceny nie świadczy w ocenie Izby informacja o nie zawarciu w cenie 2 599 000 zł kosztów prac rozbiórkowych wraz z wywozem urobku już wykonanych. W ocenie Izby zapis wskazuje na nieujęcie w tej cenie wyłącznie wyceny tych prac rozbiórkowych z wywozem, które zostały już wykonane. Zapis wskazuje ponad to wyłącznie na nieujęcie tych kosztów w cenie ryczałtowej za Budynek1, podczas gdy wycena Zadania I obejmuje również inne pozycje.

Powyższe stanowił podstawę oddalenia zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu drugiego dotyczącego niewykazania przez MAXBUD spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba również nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

W zakresie odnoszącym się do zarzutu drugiego Izba dodatkowo ustaliła, że zgodnie z pkt 9.1.4 lit. e Tomu I SWZ Zamawiający oczekiwał od wykonawców spełnienia warunku dysponowania projektantem posiadającego uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz uprawnionym do projektowania w specjalności drogowej co najmniej w ograniczonym zakresie.

Izba ustaliła również, że MAXBUD w wykazie osób wskazał p. R.K. jako osobę posiadającą między innymi wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do projektowania w specjalności drogowej oraz, że osoba ta posiada uprawnienia numer 17/99/DUW i 58/02/DUW do kierowania i projektowania robotami budowlanymi w branży drogowej oraz dodatkowo w zakresie budownictwa ogólnego, oraz jest członkiem Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Izba ustaliła także, że MAXBUD przedłożył Decyzję Wojewody Dolnośląskiego z dnia 11 czerwca 1999 r. nadająca p. Robertowi Kuroniowi uprawnienia budowlane nr ewidencyjny 17/99/DUW do projektowania w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń. Powyższe Izba stwierdziła na podstawie oświadczenia MAXBUD – treści oferty, wykazu, Decyzji nadającej uprawnienia, dostępnego na stronie internetowej wyżej wskazanej Izby Inżynierów Budownictwa wykazu członków tej izby określającego m.in. numer uprawnień oraz ich zakres i branżę oraz dodatkowo wyjaśnień Zamawiającego wskazujących na wykonywanie prac i pełnienie funkcji projektanta robót budowlanych w zakresie robót drogowych w ramach ww. uprawnień przez p. R.K. w ramach innych inwestycji, które to działania nie były nigdy kwestionowane przez uprawnione do tego organy nadzoru budowlanego. Aktualność i zakres uprawnień zostały również potwierdzone, w wiarygodny w ocenie Izby sposób, przez Dolnośląską Okręgowa Izbę Inżynierów Budownictwa, działająca oparciu o przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (t.j.: Dz.U.2019, poz. 1117z późn. Zm.) , do której podstawowych zadań należy w szczególności: sprawowanie nadzoru nad należytym i sumiennym wykonywaniem zawodu przez członków Izby (...) nadawanie i pozbawianie uprawnień budowlanych w specjalnościach, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy - Prawo budowlane, zwanych dalej „uprawnieniami budowlanymi”, uznawanie kwalifikacji zawodowych oraz nadawanie i pozbawianie tytułu rzeczoznawcy budowlanego (...) prowadzenie listy członków samorządu zawodowego inżynierów budownictwa. Dolnośląską Okręgowa Izbę Inżynierów Budownictwa w piśmie z dnia 128 września 2009 r. OKK-555/09 potwierdziła, że uprawnienia z dnia 11 czerwca 1999 numer 17/99/DUW do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej obejmują zakres, jaki obowiązywał w dniu ich nadania, tj określone Rozporządzeniem MGPiB z dnia 30 grudnia 1994r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (DZ.U. 1995 nr 8 poz 8 z późń. Zm.) a wiec również projektanta w specjalności drogowej. Izba nie podzieliła stanowiska prawnego Odwołującego.

Izba stwierdza, że zarzut sprowadzał się do twierdzenia Odwołującego, że ze złożonego przez MAXBUD wykazu osób oraz podmiotowych środków dowodowych wynika, że R.K. nie spełnia kwestionowanego warunku, a w konsekwencji MAXBUD nie dysponuje projektantem zdolnym do wykonywania zamówienia. Według Odwołującego R.K. uzyskał uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń dnia 11 czerwca 1999 r. a dokumenty przedłożone przez MAXBUD nie wskazują, że osoba ta posiada uprawnienia projektanta do projektowania w specjalności drogowej.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 128 Ustawy jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub

uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze treść oferty i jej załączników oraz dodatkowo przedłożonych wyjaśnień i wpisu Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dotyczących p. R.K., Izba stwierdza, że zachowanie Zamawiającego było prawidłowe w zakresie oceny wykazania przez MAXBUD spełnienia warunku opisanego w pkt. 9 .1.4 lit. e Tomu I SWZ. Stąd orzekła jak w sentencji.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..