Sygn. akt: KIO 3462/23

WYROK
z 7 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 5 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa, przy udziale wykonawcy Betonox Construction S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 3, 4 i 5 oraz w zakresie zarzutu nr 2 w części dotyczącej prac projektowych.
2. Uwzględnia zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
   2.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   2.2 odrzucenie oferty wykonawcy Betonox Construction S.A. z siedzibą w Sopocie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp,
   2.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa i:
   4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
   4.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 3462/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miasto Rzeszów – Urząd Miasta Rzeszowa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego przy ul. Wyspiańskiego w Rzeszowie”, numer: ZP-A.271.120.2023, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 2 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 105-328704.

20 listopada 2023 r. wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Betonox Construction S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej: Przystępujący lub Betonox) mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym Przystępujący nie wykazał,

   że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane
   w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w tym postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu
   o udzielenie zamówienia - w zakresie, w jakim utajnił okoliczność, że zrealizowane przez niego prace nie polegały na budowie obiektu użyteczności publicznej
   o charakterze sportowym lecz na dokończeniu budowy takiego obiektu będącego na znacznym etapie zaawansowania prac,
4. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału
   w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.4.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, ewentualnie
5. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w celu weryfikacji przedstawionych referencji przez Przystępującego i ustaleniu jaka konkretnie była wartość robót polegających na dokończeniu trybuny z zadaszeniem oraz jaki zakres prac został wykonany przez Przystępującego w ramach dokończenia budowy trybuny z zadaszeniem, jak również jakie materiały i o jakiej wartości Przystępującego wykorzystał do budowy trybuny z zadaszeniem po poprzednim wykonawcy, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,
6. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przystępującego, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Przystępującego;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący w piśmie procesowym złożył oświadczenie od wycofaniu odwoływania w zakresie zarzutów nr 3, 4 i 5 oraz w zakresie zarzutu nr 2 w części dotyczącej prac projektowych. Tym samym w tej części postępowanie podlegało umorzeniu.

W uzasadnieniu podtrzymanych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający w treści wezwania z 21.09.2023 r. znak ZP-A.271.120.2023, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp zażądał od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności dotyczących:

„5. Przedstawienia kalkulacji kosztów składających się na cenę ofertową, zawierającą wszelkie czynniki cenotwórcze".

Brak uwzględnienia w wycenie kosztów wykonania zadaszenia trybun

Zgodnie z rozdziałem III. pkt 4 ppkt 4.1. SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej „PFU"). W rozdziale 4. PFU (Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe) w pkt 4.1.1.6 Zadaszenie widowni wskazano, że:

„Zadaszenie trybun należy projektować i wykonać zgodnie z koncepcją w konstrukcji stalowej przykrytej poliwęglanem o przezierności min. 50 %. Należy stosować nowoczesne i estetyczne rozwiązania konstrukcyjne, umożliwiające przykrycie całości widowni, począwszy
do pierwszego, wewnętrznego (od strony płyty boiska) rzędu trybun. Pokrycie dachowe należy wykonać z poliwęglanu

komorowego, trwałego, odpornego na zmienne warunki atmosferyczne, nieprzepuszczającego wody, gwarantującego jednocześnie odpowiednie nasłonecznienie naturalnej nawierzchni płyty boiska (analiza nasłonecznienia).
Konstrukcja zadaszenia powinna umożliwiać podwieszenie do jego konstrukcji niezbędnych urządzeń i instalacji, w tym przede wszystkim oświetlenia, nagłośnienia, telebimów wraz
z odpowiednim, wymaganymi do prawidłowej obsługi tych urządzeń pomostami technicznymi; żadne nie mogą ograniczać widoczności. Wymaga się aby zadaszenie trybun było ciągłe wokół areny stadionu zgodnie z koncepcją programowoprzestrzenną – załącznik nr 8, Części informacyjnej PFU".
Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 32 oraz nr 134 z sierpnia 2023 r. Zamawiający zmienił wymagania w zakresie przykrycia dachu z poliwęglanu na blachę stalową. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że zadaszenie widowni jest istotnym elementem przedmiotu zamówienia, a realny koszty jego zaprojektowania i wykonania powinien zostać ujęty w cenie oferty.
Przystępujący wezwany do wyjaśnień w zakresie ceny, przedstawił w odpowiedzi
m.in. kalkulację ceny. Przedstawienie samej kalkulacji ceny oferty jednak w żaden sposób nie wystarczało do wykazania, że zaoferowana cena miała charakter realny a nie rażąco niski. Przedstawiona przez Przystępującego kalkulacja może co najwyżej wskazywać jakie rodzaje kosztów wykonawca uwzględnił w cenie, natomiast z samej kalkulacji w żaden sposób nie wynika, że przyjęte przez wykonawcę wielkości poszczególnych kosztów mają rynkowy charakter, są realne i zapewnią prawidłową realizację zamówienia. To dopiero zestawienie kalkulacji z dowodami, które powinny zostać złożone wraz z kalkulacją, pozwoliłoby na ustalenie, czy koszty przyjęte w kalkulacji nie zostały zaniżone i że faktycznie przy takich właśnie kosztach Przystępujący będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Przedstawiane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą więc zawierać dowody, że wyliczenia w kalkulacji ceny nie są wyłącznie działaniem matematycznym, lecz prezentują ceny faktycznie dostępne wykonawcy.
Do wymaganego w PFU zadaszenia widowni Przystępujący odniósł się wyłącznie w kalkulacji ceny. Pozostałe materiały, załączone do wyjaśnień ceny przez Przystępującego,
w szczególności Tabela „Wycena wskaźnikowa" oraz opracowanie „Wskaźniki", w żaden sposób nie odnoszą się do zadaszenia widowni i nie zawierają jakichkolwiek informacji w tym zakresie. Natomiast w kalkulacji ceny zadaszenia widowni dotyczy jeden jedyny punkt,
tj. pozycja L.p. 7.
Przyjęte przez Przystępującego do kalkulacji ceny koszty zadaszenia wynikają tylko
i wyłącznie z oferty Konstral Plus J.R. (dalej: Konstral). Faktycznie wraz
z wyjaśnieniami ceny Przystępujący złożył ofertę firmy Konstral z 24 sierpnia 2023 r., opiewającą na kwotę 9 010 000 zł netto, czyli na kwotę wskazaną w pozycji L.p. 7 w kalkulacji ceny. Z oferty tej wynika, że obejmuje wyłącznie dostawę i montaż kompletnej konstrukcji stalowej obiektu i to dostawę i montaż konstrukcji stalowej obiektu firma Konstral wyceniła na kwotę 9 010 000 zł netto. Innymi słowy z ww. oferty nie wynika, że obejmuje ona także zadaszenie widowni. Co więcej, w treści ww. oferty zaznaczono, że: „Oferta nie obejmuje innych robót nie ujętych powyżej". Zatem o ile w pozycji L.p. 7 w kalkulacji ceny wyraźnie wskazano, że podana tam kwota obejmuje zarówno konstrukcję stalową jak i zadaszenie,
o tyle z oferty firmy Konstral wynika, że obejmuje ona wyłącznie konstrukcję stalową, natomiast nie obejmuje zadaszenia – różnica między kalkulacją i ofertą jest oczywista i dostrzegalna na pierwszy rzut oka. Zatem już tylko z tego względu uznać należy, że wysokość kosztów podanych w pozycji L.p. 7 w kalkulacji ceny nie została potwierdzona żadnymi dowodami załączonymi do wyjaśnień ceny a co więcej stoi w sprzeczności z tym, co faktycznie wynika
z załączonych dowodów, tj. że koszt samej konstrukcji stalowej (bez zadaszenia) wynosi
9 010 000 zł netto. Koszt ten co do złotówki pokrywa się z kosztem podanym w pozycji L.p. 7 w kalkulacji ceny, w rezultacie czego brak jest wolnych środków na sfinansowanie kosztów zadaszenia. W rezultacie przyjęte w kalkulacji ceny koszty wymaganego zadaszenia widowni są nieudowodnione i jednocześnie istotnie zaniżone.
Trzeba też podkreślić, że w kalkulacji ceny przedstawionej przez Przystępującego brak jest jakiejkolwiek innej pozycji, która mogłaby zawierać koszty zadaszenia widowni. Do tych kosztów Przystępujący nie odniósł się również w żadnym innym dokumencie złożonym
w ramach wyjaśnień ceny.
Brak uwzględnienia w wycenie kosztów związanych z wykonaniem sieci sanitarnych
Zgodnie z rozdziałem pkt 2.4 PFU projektowany stadion należy lokalizować w miejscu istniejącego obiektu, zasadniczo zachowując dotychczasowy układ lokalizacyjny obiektu. Nie przewiduje się zachowania istniejącej murawy oraz innych nawierzchni sportowych. Wszystkie elementy projektowane i wykonane, muszą być zrealizowane z materiałów nowych,
o określonych w PFU i Dokumentacji projektowej parametrach.
W ramach realizacji przewiduje się wykonanie ściśle wymienionych w PFU robót budowlanych, w tym wykonanie:

–robót instalacyjnych zewnętrznej sieci ciepłowniczej wraz z węzłem ciepłowniczym dla ogrzewania obiektu i nawierzchni boiska piłkarskiego,
–robót instalacyjnych przyłącza kanalizacji sanitarnej do obiektu,
–robót instalacyjnych przyłącza ciepłowniczego do obiektu,
–robót instalacyjnych przyłącza zasilania elektroenergetycznego do obiektu,
–robót instalacyjnych przyłącza i zewnętrznej instalacji kanalizacji teletechnicznej dla terenu przedsięwzięcia wraz z lokalizacją węzłów,
–robót instalacyjnych zewnętrznych instalacji kanalizacji deszczowej wraz z przyłączem do sieci istniejącej.

Wyżej wymieniony zakres prac nie został wykazany w wartościach w zestawieniu kosztów Przystępującego. Pracy tych nie można przypisać do pozycji nr 18 w Kalkulacji – Zestawienie (Zagospodarowanie terenu wraz z elementami zewnętrznymi). Wartość tego zakresu może osiągnąć od 3,65 do 4,65 mln zł.
Zgodnie z opisem technicznym K+PCLA-WKA-OPIS TECHNICZNY w załączniku nr 8 Koncepcja Programow Przestrzenna - ilość wymaganej powierzchni min. dla dróg
i parkingów w granicach inwestycji to ok. 12 585 m2. Przyjmując w obliczeniach najtańszy koszt wykonania samej nawierzchni z kostki brukowej szarej gr. 8 cm wraz z podsypką zgodnie z SECOCENBUD III kwartał 2023 r.: Cen Robó Drogowych, mostowych i torowych:

–Wykonanie nawierzchni z kostki brukowej o grubości 8 cm na podsypce piaskowej lub cementowo piaskowej szarej średni koszt wykonania to 124,46 zł/m2 - co daje przy powierzchni ok. 12 585 m2 wartość 1 566 329,10 zł/netto.

Zaoferowana przez Przystępującego kwota 1 417 740,00 zł netto mająca zgodnie z pkt 18 kalkulacji Przystępującego stanowić koszt „zagospodarowania terenu wraz z elementami zewnętrznymi" nie wystarczy nawet na samą kostkę brukową. Oznacza to że Przystępujący wykazując w pozycji 18 swojej kalkulacji wartość 1 417 740,00 zł netto nie jest w stanie
w aktualnych warunkach rynkowych wykonać w należyty sposób podstawowego zakresu elementu robót dotyczącego zagospodarowania jakim są utwardzenia, nie wliczając kosztu podbudowy oraz elementów wykończeniowych takich jak krawężniki, obrzeża.
Przystępujący do kalkulacji ceny załączył dwie oferty, pierwsza – pochodząca od Dropservice sp. j. (dalej: Dropservice) na kompleksową budowę boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy naturalnej (Oferta nr 55/09/2023 z 08.09.2023 r.), druga – pochodząca od Tamex Obiekty Sportowe S.A. (dalej: Tamex) na wybrane roboty budowlane, sanitarne i elektryczne
do przetargu na budowę Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego w Rzeszowie (Oferta
z 08.09.2023 r.).
14.Odwołujący po analizie Kalkulacji – Zestawienia sporządzonej przez Przystępującego wskazuje, że Przystępujący wyjaśniając sposób kalkulacji ceny oferty oparł się jednocześnie na obu ww. ofertach handlowych, mieszając zakresy prac i wyrywkowo umieszczając
w kalkulacji wybrane, pojedyncze zakresy (elementy) prac wycenione przez Dropservice
i Tamex. W zakresie siedzisk stadionowych sporządzona Kalkulacja - Zestawienie (Lp. 3) opiera się na ofercie Tamex, w zakresie boiska (Lp. 13) na ofercie Dropservice, w zakresie wyposażenia sportowego (Lp. 14) na ofercie Tamex oraz w zakresie Elementów lekkoatletycznych (Lp. 17) na dwóch ofertach (Tamex i Dropservice) i wybranych z nich pozycjach.
Odwołujący podniósł, że w efekcie powyższego powstał mix zakresów/elementów, które pojawiały się w różnych miejscach ofert handlowych Tamex i Dropservice, co doprowadziło
do pominięcia przez Przystępującego w swojej wycenie szeregu wymaganych w PFU robót
w zakresie wykonania instalacji drenażowej i kanalizacji deszczowej, nawadniania oraz ogrzewania murawy wraz z niezbędną rozbudową węzła cieplnego, oraz instalacją kanalizacji teletechnicznej. Wg oferty firmy Tamex wartość tych robót została wyliczona na 2 981 570,00 zł (zakres sanitarny) + 261 000,00 zł (zakres teletechniczny) netto.
Brak uwzględnienia w wycenie kosztów płytek i wykładzin dla dwóch kondygnacji
W Koncepcji programowo-przestrzennej Zamawiający przewidział realizację parteru oraz trzech kondygnacji. Przystępujący w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny przestawił do wyjaśnień załącznik o nazwie „PŁYTKI I WYKŁADZINY". Z ww. załącznika bezsprzecznie wynikało, że Przystępujący skalkulował koszt płytek i wykładzir wyłącznie
dla parteru i I piętra, a nie uwzględnił kosztu płytek i wykładzin dla dwóch pozostałych kondygnacji (II i III piętra).
Brak uwzględnienia w wycenie kosztów sufitów podwieszanych

Zamawiający opisał wymogi dotyczące sufitów podwieszanych w PFU w dziale 5 Szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe, gdzie zostało rozpisane jaki rodzaj sufitu należy
ująć w poszczególnych pomieszczeniach oraz w dziale 6 Opis wymagań zamawiającego
w stosunku do przedmiotu zamówienia ppkt 6.6.1.3 Sufity podwieszane, gdzie zostały opisane rodzaje/typy sufitów jakie należy ująć w ofercie. Przystępujący nie uwzględnił ww. kosztu
w swojej kalkulacji.
Brak uwzględnienia w wycenie kosztów wind
Zamawiający opisał wymogi dotyczące wind m. in. w PFU, w dziale dział 6 Opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia ppkt 6.6.5 Windy. Ogólna liczba dźwigów to 12 (zgodnie z częścią rysunkową koncepcji), w tym 10 dźwigów osobowych
o udźwigu znamionowym 630 kg lub 8 osób oraz 2 osobowo - towarowe o udźwigu znamionowym 1000 kg lub 13 osób. Przystępujący nie uwzględnił ww. kosztu w swojej kalkulacji.
Brak uwzględnienia w wycenie kosztów elewacji budynku wraz z ociepleniem
Zamawiający wymogi dotyczące elewacji budynku wraz z ociepleniem opisał w skorygowanym tekście dokumentu Errata z 23.08.2023 r. dział 4 pkt 19 np. fasada wentylowana - alucobond/stacbond/spieki/płytki wielkoformatowe na podkonstrukcji na bokach budynku trybuny honorowej lub ściany zewnętrzne elewacji zewnętrznych stadionu (pod siatką cięto-ciągnioną) murowane lub żelbetowe w okładzinie płyty warstwowej.
Przystępujący zamieścił w swojej kalkulacji pozycję nazwaną „elewacja" niemniej zaoferowane przez niego rozwiązanie oparte na ofercie Konstral nie zawiera wszystkich koniecznych elementów, w tym tych, dotyczących ocieplenia, a nadto nie odpowiada warunkom zamówienia. Poza tym w wycenie wskaźnikowej nie ma żadnej pozycji dotyczącej elewacji wraz z ociepleniem.
Odwołujący wskazał ponadto na:

1. Brak uwzględnienia w wycenie kosztów ubezpieczenia budowy, rękojmi i gwarancji, zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
2. Brak uwzględnienia w wycenie kosztów zatrudnienia pracowników oraz kosztów ogólnych,

Przystępujący nie uwzględnił w swojej kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników oraz kosztów ogólnych, na które składają się m. in. zaplecze budowy, wynagrodzenie kadry zarządzającej, delegacje pracowników, ochrony, obsługa geologiczna, geodezyjna, śmieci, toi-toi, koszty transportu, zaplecze wykonawcy, utrzymanie i media, koszty pracy sprzętu.
W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Betonox wskazuje na szereg okoliczności, mających obalić domniemanie rażąco niskiej ceny jego oferty, z którymi nie sposób się zgodzić
i zaakceptować.
Na stronie 6 wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazuje: „Wykonawca – z uwagi na mniej rozbudowane struktury przedsiębiorstwa niż to ma miejsce w przypadku wykonawców, którzy również złożyli oferty w niniejszym postępowaniu – nie musi doliczać do ceny ofertowej wysokich kosztów ogólnych (kosztów ogólnozakładowych). Podkreślić należy, że fakty te mają istotny wpływ na konkurencyjność złożonej oferty". Ww. twierdzenie jest całkowicie gołosłowne. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał jakoby miał ponosić mniejsze koszty ogólne niż konkurujący z nim wykonawcy z bardziej rozbudowanymi strukturami,
na marginesie wykonawca ten w ogóle nie wykazał kosztów ogólnych w przedmiotowej kalkulacji.
Na stronie 8 wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazuje: „Ponadto korzystny wpływ na wysokość oferty ma zatrudnianie przez Wykonawcę własnej kadry technicznej, która jest doświadczona i odpowiednio wykwalifikowana. W związku z zatrudnianiem – na umowę
o pracę – tych samych pracowników, realizujących udzielone Wykonawcy zamówienia publiczne, Wykonawca nie musi poszukiwać pracowników, wydatkując na rekrutację dodatkowe środki. Cena zaoferowana przez Wykonawcę uwzględnia koszty wynikające
z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym pracowników".
Ww. twierdzenie jest całkowicie gołosłowne. Oferty w tym postępowaniu oprócz Przystępującego złożyło jeszcze 5 dużych firm. Każda z nich zatrudnia osoby w stosunku umowy o pracę i nie może to być argument wpływający możliwość zaoferowania przez Przystępującego niższej ceny niż pozostali oferenci. (Odwołujący zatrudnia ponad 450 osób na umowę o pracę). Wykonawca nie wykazał w ogóle aby zatrudniał pracowników na umowę o pracę, nie przedstawił też żadnego dowodu na okoliczność tego, że zatrudnia pracowników na warunkach zgodnych z przepisami prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym.
Na stronie 8 wyjaśnień Przystępujący wskazuje: „cena obejmuje koszty pośrednie związane

z ponoszeniem diet, delegacji itp". Ww. twierdzenie jest całkowicie gołosłowne. W kalkulacji brak pozycji dotyczącej kosztów pośrednich czy też kosztów wynagrodzeń. Co więcej wskazać należy, że koszty te są istotne i znaczące przy wykonaniu przedmiotowego zadania przez Przystępującego z uwagi na okoliczność, że siedziba ww. wykonawcy jest w Sopocie
a przedmiot zamówienia ma być realizowany w Rzeszowie – dystans pomiędzy ww. miastami wynosi ok 670 km. Ponadto Przystępujący wskazuje w wyjaśnieniach, że nie planuje
do ww. realizacji zatrudniać nowych pracowników, lecz będzie korzystał z tych, jakich już zatrudnia na umowę o pracę.
Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje: „Przyjęte roboczo przez Wykonawcę warunki posadowienia pośredniego generują ok. 20% oszczędności
w porównaniu z posadowieniem bezpośrednim, co wpływa a konkurencyjność oferty Wykonawcy". Okoliczność powyższa nie ma najmniejszego znaczenia dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty Betonox, albowiem przyjęcie warunków posadowienia pośredniego są działaniem oczywistym, stosowanym w tym przypadku przez wszystkich wykonawców, wynikającym ze sztuki budowlanej i ekonomii. Powyższa okoliczność w żadnym wypadku nie oznacza przewagi konkurencyjnej Przystępującego.
Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powołuje się nana ogólnie przyjęty parametr do porównania kosztów wybudowania stadionu PIŁKARSKIEGO na jedno miejsce siedzące. Warto zaznaczyć, że stadion w Rzeszowie jal sama nazwa przetargu wskazuje
tj. „Budowa Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego przy ul. Wyspiańskiego
w Rzeszowie" jest stadionem bardziej nastawionym na lekkoatletykę niż na piłkę nożną. Ponadto to właśnie wymogi Polskiego Związku Lekkoatletyki i parametry zaprojektowanej bieżni determinują gabaryty całości stadionu.
Dlatego powierzchnia zabudowy Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego w Rzeszowie jest zdecydowanie większa niż pozostałych stadionów piłkarskich, a ilość miejsc siedzących jest zdecydowanie mniejsza na ich powierzchnię. W związku z tym taka analiza jest niedoszacowana, gdyż przywołane stadiony są stadionami piłkarskimi i odstępy między miejscami siedzącymi są na nich inne niż na stadionie lekkoatletycznym. Konsekwencją tego jest to, że zwiększa się powierzchnia zabudowy stadionu, a miejsc siedzących jest mniej, stąd cena w przeliczeniu na jedno krzesełko jest większa niż na stadionie piłkarskim.
Mając powyższe na uwadze, analiza kosztu jednego miejsca siedzącego na stadionie piłkarskim, w stosunku do przedmiotowego zadania tj. Budowy Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego w Rzeszowie jest błędna i nierzetelna, gdyż nie były realizowane podobne obiekty w ostatnim czasie w konsekwencji czego brak jest możliwości porównania niniejszego zadania inwestycyjnego z podobnym obiektem zrealizowanym chociażby w przeciągu ostatniego roku.
Odwołujący podniósł ponadto, że przewidziana przez Przystępującego rezerwa wynosząca
1 000 000 zł jest dalece niewystarczająca dla pokrycia pominiętych zakresów prac.
Przystępujący, mimo jednoznacznego wymogu Zamawiającego, nie złożył dowodów które uzasadniałyby jego kalkulację, w tym przykładowo:

1. w zakresie kosztów pracy nie złożył jakiegokolwiek dowodu choćby wydruków z dokumentacji księgowej czy też umów o pracę (oczywiście zanonimizowanych) – wyjaśnienia w tym zakresie są wyłącznie ogólnym oświadczeniem własnym Przystępującego;
2. w zakresie oświadczenia jakoby ponosił niskie koszty ogólne nie złożył jakiegokolwiek dowodu (w kalkulacji brak kosztów ogólnych);
3. w żaden sposób nie potwierdził dowodami oświadczenia jakoby miał możliwość dalszej negocjacji ofert z podwykonawcami,
4. brak dowodu na uwzględnienie kosztów zadaszenia.

W konsekwencji uznać należy, że Przystępujący nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodu.
Zarzut nr 2
Odwołujący wskazuje, że z wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego wynika, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W rozdziale 6 PFU (Opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia)
w pkt 6.2.1 Zadaszenie widowni wskazano, że:
„Elewacje głównego budynku oraz obiektów kubaturowych powinny być wykonane
z materiałów elewacyjnych o wysokim standardzie oraz walorach estetycznych. Elewacje należy kształtować w sposób pokazany w koncepcji programowo-przestrzennej – załącznik
nr 8 Części informacyjnej PFU. Są to fasady szklane w zestawieniu z okładzinami elewacyjnymi zewnętrznymi - z siatek ciętych ciągnionych ocynkowanych i malowanych, paneli aluminiowych, kamienia lub innymi uzgodnionymi z

Zamawiającym”.
Z kolei w koncepcji programowo-przestrzennej (załącznik nr 8 Części informacyjnej PFU)
a dokładnie na rysunku A-9 (Elewacja południowa i północna) oraz na rysunku A-10 (Elewacja wschodnia i zachodnia) wskazano, że zasadniczym elementem elewacji jest siatka cięto-ciągniona (element nr 5 na obu ww. rysunkach), co do której postawiono następujące wymagania:
„moduł siatki przestrzennej: złożony z czterech trójkątnych elementów mocowany pomiędzy konstrukcją zewnętrzną (pomocniczymi przyporami) siatka cięto ciągniona stalowa, oczko: romb np. 62x20x3 kolor: RAL 9016”.
Odnośnie tego elementu elewacji zadano też szereg pytań do treści SWZ. Zamawiający odpowiedział na nie w następujący sposób:
1) wyjaśnienia treści SWZ z 20 lipca 2023 r., pytanie i odpowiedź nr 33:
„Pytanie nr 33
Prosimy o doszczegółowienie parametrów dla siatki cięto-ciągnionej występującej na elewacji (brak spójności opisu przedmiotowej siatki z udostępnionymi rysunkami)?
Odpowiedź na pytanie 33
Siatka cięto-ciągniona stalowa, oczko romb, kolor Ral 9016 (zał. nr 8 do PFU — rysunek elewacji A-10)”;
2) wyjaśnienia treści SWZ z 20 lipca 2023 r., pytanie i odpowiedź nr 55:
„Pytanie nr 55
Wg zapisów PFU 6.2.1 Elewacje: „Elewacje głównego budynku oraz obiektów kubaturowych powinny być wykonane z materiałów elewacyjnych o wysokim standardzie oraz walorach estetycznych. Elewacje należy kształtować w sposób pokazany w koncepcji programowoprzestrzennej — załącznik nr 8 Części informacyjnej PFU. Są to fasady szklane w zestawieniu z okładzinami elewacyjnymi zewnętrznymi - z siatek ciętych ciągnionych ocynkowanych i malowanych, paneli aluminiowych, kamienia lub innymi uzgodnionymi
z Zamawiającym” Czy Zamawiający dopuszcza zamianę siatek na inne materiały np. blachę perforowaną?
Odpowiedź na pytanie 55
Zamawiający dopuszcza zastosowanie blachy perforowanej zgodnie z punktem 4, ppkt 21 Wytycznych do OPZ zamieszczonych w pliku „Errata”.
3) wyjaśnienia treści SWZ z 03 sierpnia 2023 r., pytanie i odpowiedź nr 170:
„Pytanie nr 170
Prosimy o wyrażenie zgody na zastosowanie na elewacjach stadionu rozwiązania w postaci żaluzji, zamiast siatek wskazanych w załączonej koncepcji.
Odpowiedź na pytanie nr 170
Zamawiający pozostawia wymagania w zakresie wykończenia elewacji bez zmian”.
Jak wynika z powyższego, Zamawiający dopuścił zastosowanie blachy perforowanej zgodnie z punktem 4, ppkt 21 Wytycznych do OPZ zamieszczonych w pliku „Errata”. Natomiast
w punkcie 4, ppkt 21 Wytycznych do OPZ zamieszczonych w pliku „Errata” Zamawiający wskazał, że:
„21) Zamawiający dopuszcza zastosowanie blachy perforowanej zamiast siatki ciętociągnionej stalowej opisanej w koncepcji, pod warunkiem zastosowania wzoru i perforacji gwarantującej stopień przezierności jak dla opisanej siatki cięto-ciągnionej oraz o parametrach wytrzymałościowych równoważnych lub lepszych jak dla opisanej siatki cięto - ciągnionej. Rozwiązanie takie wymagać będzie przedstawienia Zamawiającemu i akceptacji Zamawiającego”.
W świetle powyższych postanowień SWZ oraz udzielonych wyjaśnień treści SWZ nie budzi żadnych wątpliwości, że jeśli wykonawca nie chciał zastosować blachy perforowanej zamiast siatki cięto-ciągnionej stalowej opisanej w koncepcji, to musiał spełnić niezmienione wymagania Zamawiającego dotyczące elewacji, w szczególności dotyczące siatki cięto-ciągnionej występującej na elewacji, tj.: „Siatka cięto-ciągniona stalowa, oczko romb, kolor Ral 9016 (zał. nr 8 do PFU — rysunek elewacji A-10)”.
Przystępujący, wezwany do wyjaśnień w zakresie ceny, przedstawił w odpowiedzi m.in. kalkulację ceny. W ww. kalkulacji jedyną pozycją dotycząca elewacji jest pozycja L.p. 8.,
z której wynika, że podstawą do ceny za elewację, przyjętej do oferty Przystępującego, jest oferta wykonawcy Konstral. Faktycznie wraz z wyjaśnieniami ceny Przystępujący złożył ofertę firmy Konstral z 24 sierpnia 2023 r., opiewającą na kwotę 3.580.000 zł netto, czyli na kwotę wskazaną w pozycji L.p. 8 w kalkulacji ceny. Przy czym w ww. ofercie wskazano jasno
i wyraźnie, że ww. cena to cena za:
„1. Wykonanie elewacji z siatek cięto — ciągnionych; oczko romb 62x25,5x9,1 gr. 1,5 mm
— aluminium EN AW-1050A, malowanych proszkowo na RAL 7035”.
O ile zatem oferta firmy Konstral, a tym samym oferta Przystępującego przewiduje wykonanie elewacji z siatek cięto — ciągnionych, oczko romb, czyli tak, jak tego wymaga Zamawiający, o tyle niezgodny z wymaganiami Zamawiającego jest

materiał, z którego będzie wykonania siatka (aluminium zamiast stali), oraz kolor, na który będzie pomalowana siatka (RAL 7035 zamiast Ral 9016). Tym samym siatka, która ma zostać wykorzystana do wykonania elewacji przez Przystępującego, jest w sposób oczywisty i rażący niezgodna z warunkami zamówienia.
3 grudnia 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:
Zarzut nr 1
21.09.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w szczególności:

1. Czy cena podana w ofercie jest ceną ofertową sporządzoną na podstawie wszystkich materiałów przetargowych: PFU wraz z załącznikami i późniejszymi zmianami, projekt umowy, odpowiedzi na pytania, udzielone w trakcie przetargu;
2. Czy cena określona w ofercie jako cena brutto faktycznie zawiera podatek VAT, jeżeli tak to w jakiej stawce %;
3. Czy wybór tej oferty spowoduje powstanie u zamawiającego obowiązku podatkowego w rozumieniu ustawy „o podatku od towarów i usług.
4. Czy cena podana w ofercie uwzględnia wszystkie elementy zamówienia i ich składowe, w tym w zakresie:

4.1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług oraz metod i technologii wykonywania robót budowlanych oraz przyjętych „metod;"
4.2) wybranych rozwiązań technicznych i materiałowych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
4.3) oryginalności metod realizowanych dostaw, usług oraz robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę dla tego zamówienia;
4.4) zgodności 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 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
4.5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
4.6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4.7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
4.8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

5. Przedstawienie kalkulacji kosztów składających się na cenę ofertową, zawierającą wszelkie czynniki cenotwórcze.

Równocześnie Zamawiający zastrzegł, że żąda obligatoryjnie wyjaśnień w zakresie określonym w pkt 1-3, 4.4, 4.6 oraz pkt 5.
To właśnie oczekiwania wskazane w pkt 1-3 i 5, wychodzące poza katalog wskazany w art. 226 ust. 3 Pzp, były faktycznie w sferze zainteresowania Zamawiającego. Do żądania wyjaśnień z pkt 4.4 i 4.6 (zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, zakresu prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego) obligował Zamawiającego przepis art. 226 ust. 4 Pzp.
Mając na uwadze fakt, że przedmiot zamówienia realizowany będzie w formule "zaprojektuj i wybuduj", Zamawiający miał świadomość, że sposób wyliczenia ceny z zasady nie może być szczegółowy, że może być wyłącznie oparty o ogólne wskaźniki i koszty materiałów i usług, które generują największy ciężar nakładów. Głównym celem Zamawiającego było uzyskanie poświadczenia, że oferta została sporządzona na podstawie wszystkich materiałów przetargowych, co powtórzył w wezwaniu kilkukrotnie.
Na potwierdzenie powyższego Zamawiający oczekiwał przede wszystkim wyjaśnień-oświadczeń oraz kalkulacji kosztów wraz z dowodami i Wykonawca oczekiwania te spełnił.
Zamawiający nie żądał od Wykonawców przedstawienia w ofercie szczegółów rozwiązań technicznych i materiałowych, przedmiarów ani kosztorysów, albowiem na tym etapie postępowania prowadzonego w formule zaprojektuj i wybuduj jest to niemożliwe – w zasadzie zmuszałoby Wykonawcę do sporządzenia dokumentacji projektowej na potrzeby wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
Kalkulacja ceny została oparta na podstawie analizy kosztów konkretnych elementów oraz wskaźnikowo, co w zestawieniu daje realną cenę wykonania tego zamówienia.
W podobny sposób postępował Zamawiający szacując przedmiot zamówienia. Formuła „zaprojektuj i wybuduj" oznacza,

że zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami planowanej inwestycji. W formule tej zamawiający opracował jedynie Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z koncepcją (PFU) i na jego podstawie została przygotowywana dokumentacja przetargowa, w tym planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych stanowiące podstawę do ogłoszenia postępowania.
Wiele kosztów, a przede wszystkim koszty pracy, ujmowane są w ogólnych wskaźnikach. Ważna dla Zamawiającego była możliwość poznania sposobu kalkulacji, sprawdzenia odzwierciedlenia najważniejszych cen w ofertach podwykonawców i dostawców
oraz otrzymanie potwierdzenia, że będzie działał zgodnie z przepisami prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego.
W ocenie Zamawiającego informacje przedstawione przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach są wystarczające do uznania, że zaproponowana przez niego cena jest realna i adekwatna do przedmiotu zamówienia.
Zarzut nr 2
Odwołujący stawia zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie znając treści tej oferty, a rzekome niezgodności wywodzi wyłącznie z treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach tych Wykonawca ma wyłącznie wykazać realność własnej ceny, a nie szczegółowe ilości i rodzaje materiałów.
Powyższe w szczególności dotyczy postępowań w trybie zaprojektuj i wybuduj, albowiem Wykonawca przed sporządzeniem dokumentacji projektowej nie może przesądzić co i w jakich ilościach będzie niezbędne do wykonania robót, w związku z czym wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie można zrównywać z treścią oferty.
Niezależnie od powyższego, z żadnego elementu wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika, aby Wykonawca zamierzał wykonać zamówienie niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w związku z czym zarzut ten w ocenie Zamawiającego jest bezpodstawny.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że w części zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami, oferty Przystępującego oraz korespondencji między Zamawiającym a Przystępującym w zakresie wyjaśnień ceny oferty,
2. dokumentów złożonych przez Odwołującego jako załączniki do pisma procesowego z 5 grudnia 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:
W Rozdziale III pkt 2 SWZ Zamawiający w następujący sposób opisał przedmiot zamówienia:
„Opis:
Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie stadionu wielofunkcyjnego przy ul. Wyspiańskiego w Rzeszowie wraz z wyposażeniem oraz wykonanie usług w zakresie wycinki zieleni oraz nasadzeń zastępczych, na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego.
Wielkość/Zakres:
Stadion Lekkoatletyczny kategorii III z możliwością rozgrywek piłki nożnej na poziomie ekstraklasy, wraz z zapleczem treningowym oraz organizacją imprez kulturalnych. Szczegółowy zakres i wielkość inwestycji określa Program Funkcjonalno-Użytkowy.
Podstawowe parametry techniczne inwestycji:
Powierzchnia terenu inwestycji: ~ 4,8352 (ha)
zabudowy: ~ 0, 8532 (ha)
Powierzchnia użytkowa: ~ 11 000 m^2

Liczba miejsc siedzących na trybunach: ~7940”
Postępowanie dotyczy realizacji robót budowlanych w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.
Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 13 września 2023 r. Zamawiający przeznaczył
na realizację przedmiotu zamówienia 88 634 000,00 zł.
W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert z następującymi cenami:

1. Przystępujący - 163 836 000,00 zł,
2. Odwołujący - 193 110 000,00 zł,
3. Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - 195 952 332,88 zł,
4. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej - 199 939 542,25 zł
5. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - 207 433 350,00 zł,
6. Texom sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - 229 781 846,07 zł.

21 września 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał:
„(…) Zamawiający zauważa, że cena Państwa oferty jest niższa o 15,16% (o 29 274 000,00 zł) od ceny kolejnej złożonej oferty. Ponadto cena Państwa oferty jest niższa o 9,05% (o 16 311 626,60 zł) od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania oraz jest niższa o 17,40% (o 34 506 178,53 zł) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.
Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności dotyczących:

1. Czy cena podana w ofercie jest ceną ofertową sporządzoną na podstawie wszystkich materiałów przetargowych: PFU wraz z załącznikami i późniejszymi zmianami, projekt umowy, odpowiedzi na pytania, udzielone w trakcie przetargu;
2. Czy cena określona w ofercie jako cena brutto faktycznie zawiera podatek VAT, jeżeli tak to w jakiej stawce %;
3. Czy wybór tej oferty spowoduje powstanie u zamawiającego obowiązku podatkowego w rozumieniu ustawy „o podatku od towarów i usług.
4. Czy cena podana w ofercie uwzględnia wszystkie elementy zamówienia i ich składowe, w tym w zakresie:
   - 4.1 zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług oraz metod i technologii wykonywania robót budowlanych oraz przyjętych „metod;”
   - 4.2 wybranych rozwiązań technicznych i materiałowych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
   - 4.3 oryginalności metod realizowanych dostaw, usług oraz robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę dla tego zamówienia;
   - 4.4 zgodności 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
   - 4.5 zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
   - 4.6 zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
   - 4.7 zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
   - 4.8 wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
5. Przedstawienie kalkulacji kosztów składających się na cenę ofertową, zawierającą wszelkie czynniki cenotwórcze.

Zamawiający żąda obligatoryjnie wyjaśnień w zakresie określonym w pkt 1-3, 4.4, 4.6 oraz pkt. 5.
Pozostałe elementy stanowią katalog otwarty, zaś Wykonawca mając na uwadze wiedzę o czynnikach, które wpłynęły na ukształtowanie ceny jego oferty zobowiązany jest do szczegółowego przedstawienia, opisania i udowodnienia wszystkich czynników (także innych niż wskazane wyżej) które o wysokości jego ceny zadecydowały.
Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ, oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna, a w związku z tym będzie możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ i załącznikami do SWZ.
Wykonawca winien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona i załączyć odpowiednie dowody.
Powołując się na obowiązujące przepisy oraz aktualne orzecznictwo, należy podkreślić,
iż wyjaśnienia i dowody, dotyczące wyliczenia ceny muszą:

1) być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ

na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów,

2)wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,

Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Zamawiający wskazuje, iż zawsze należy do wyjaśnień dołączyć dowody w zakresie wyliczenia ceny. Dowodem mogą być w szczególności dokumenty potwierdzające kalkulację ceny ofertowej a także dodatkowo inne dokumenty dot. posiadania lub uzyskania preferencyjnych cen, nabycie materiałów po promocyjnych cenach, szczegółowe wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach, czy dokumenty wskazujące na brak kosztów własnych np. darmowy lokal czy własny sprzęt bez konieczności jego zakupu czy innej odpłatnej formy korzystania (…)".

28 września 2023 r. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny, ofertami podwykonawców, opinią bankową, szacunkiem konstrukcji i analizą wariantów posadowienia oraz wskaźnikami.

Ze względu na obszerność złożonych wyjaśnień niecelowym jest ich przytaczanie w wyroku. Po przeprowadzeniu dowodu z tego dokumentu oraz z załączonych do niego dowodów (w szczególności kalkulacji ceny) Izba uznała, że za wyjątkiem kwestii kosztów pracy Przystępujący w wystarczający sposób udzielił odpowiedzi na zadane mu przez Zamawiającego pytania dotyczące ceny oferty. O ile same wyjaśnienia miały dość ogólny charakter, to zestawione z kalkulacją ceny dawały obraz sposobu, w jaki Przystępujący obliczył cenę. Co istotne – w odniesienie do zarzutów odwołania – o ile potwierdziły się twierdzenia Odwołującego o nieujęciu w kalkulacji i wyjaśnieniach kosztów dotyczących elementów stanowiących podstawę zarzutu, to w ocenie Izby fakt ten nie mógł automatycznie prowadzić do wniosku, że wyjaśnienia Przystępującego były niewystarczające. Podstawą oceny zasadności zarzutu opartego na twierdzeniu o naruszeniu art. 224 ust. 6 Pzp jest porównanie zakresu wezwania do wyjaśnień oraz udzielonych w odpowiedzi wyjaśnień wykonawcy. Biorąc pod uwagę zakres wyjaśnień, do których Przystępujący został zobowiązany przez Zamawiającego, Izba uznała (za wyjątkiem kwestii kosztów pracy), że twierdzenia Odwołującego są o tyle niezasadne, że Zamawiający nie wezwał wprost Przystępującego do wyjaśnienia cen poszczególnych, szczegółowo określonych elementów przedmiotu zamówienia. Istotny również jest tutaj fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie „zaprojektuj i wybuduj" – na etapie składania ofert przedmiot zamówienia ma więc przybliżony kształt. Jego doprecyzowanie i konkretyzacja następuje dopiero na etapie realizacji prac projektowych. Z tego względu dopuszczalne i uzasadnione jest, że wyjaśnienia ceny oferty również cechują się pewnym stopniem ogólności, ponieważ niemożliwe jest posłużenie się na przykład kosztorysem sporządzonym w oparciu o projekt budowlany. Stąd Izba uznała, że mimo nieujęcia w kalkulacji Przystępującego postulowanych przez Odwołującego elementów brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący tych elementów nie ujął w cenie oferty.

Izba uznała z kolei, że Odwołujący słusznie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na brak należytych wyjaśnień kosztów pracy ujętych w cenie oferty. Dotyczące tej części oferty wyjaśnienia Przystępującego brzmiały:

„W pierwszej kolejności należy wskazać, że wartość przedmiotowej roboty budowlanej pozostaje w zależności od wdrożonych u Wykonawcy wysokich standardów zarządzania, w tym zarządzania jakością oraz niwelowania kosztów operacyjnych. Wykonawca posiada długoletnie doświadczenie w realizacji zamówień z zakresu robót budowlanych, w związku z tym jest w stanie należycie zorganizować przebieg prac, niwelując niepotrzebne koszty dzięki posiadanej wiedzy i umiejętnościom. Ponadto korzystny wpływ na wysokość oferty ma zatrudnianie przez Wykonawcę własnej kadry technicznej, która jest doświadczona i odpowiednio wykwalifikowana. W związku z zatrudnianiem – na umowę o pracę – tych samych pracowników, realizujących udzielone Wykonawcy zamówienia publiczne, Wykonawca nie musi poszukiwać pracowników, wydatkując na rekrutację dodatkowe środki. Cena zaoferowana przez Wykonawcę uwzględnia koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym pracowników.

Wykonawca zatrudnia pracowników na umowę o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo w wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Wykonawca dodatkowo

oświadcza,
iż celem obliczenia ceny zawartej w ofercie uwzględnił osoby pracujące na podstawie umów o pracę, które będą brały bezpośrednio udział w realizacji na rzecz Zamawiającego części zamówienia, przyjmując poziom ich wynagrodzenia nie niższy niż wynikający z przepisów
ww. ustawy. Jednocześnie zaznaczyć należy, iż dokonując szacowania ceny wynikającej
z oferty Wykonawca uwzględnił również pracowników o wyższych kwalifikacjach i zakresie obowiązków szerszym niż podstawowy, świadczących usługi wyspecjalizowane, których wynagrodzenie przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.
Wykonawca wskazuje, iż wynagrodzenie należne pracownikom oraz pozostałym osobom świadczącym na jego rzecz pracę będzie obejmować oprócz samego wynagrodzenia 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). Wykonawca tym samym potwierdza, że prowadzi działalność zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca nie generuje oszczędności kosztem pracowników i współpracowników, przeciwnie uwzględnia koszt ich wynagrodzenia
na zasadach zgodnych z prawem powszechnie obowiązującym".
Powyższe wyjaśnienia nie zostały uzupełnione żadnym dowodem.
Biorąc pod uwagę treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty, oraz fakt, że Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia dotyczące zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie mają obligatoryjny charakter, Izba uznała powyższe wyjaśnienia Przystępującego za niewystarczające. Z żadnego z dokumentów złożonych przez Przystępującego nie wynika jaki jest udział kosztów pracy w cenie całkowitej oferty. Brak jest choćby podstawowych informacji o założeniach na których oparł się Przystępujący ujmując te koszty w kalkulacji ceny. Wyjaśnienia sprowadzają się w praktyce do deklaracji zatrudnienia pracowników na umowę
o pracę (na co brak było jakichkolwiek dowodów) i wynagradzaniu tych pracowników w sposób zgodny z przepisami prawa pracy (co nie zostało w ogóle ujęte w kalkulacji ceny zatem nie dawało się zweryfikować).
Uznanie wyjaśnień Przystępującego w powyższym zakresie za prawidłowe musiało oprzeć
się więc na przekonaniu i wierze Zamawiającego, nie zaś na wiedzy pozyskanej z informacji pochodzących od Wykonawcy.
W przypadku wyjaśnień ceny oferty na wykonawcy składającym te wyjaśnienia ciąży ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena jest realna.
Zgodnie z 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 kosztu.
W ocenie Izby w zakresie dotyczącym kosztów pracy Przystępujący nie udzielił wyjaśnień Zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Złożone wyjaśnienia nie zawierały bowiem faktycznych informacji o sposobie kalkulacji ceny, a jedynie gołosłowne i bardzo ogólnikowe twierdzenia, które nijak nie obrazowały w jaki sposób Wykonawca uwzględnił ww. koszty
w zaoferowanej cenie. Co za tym idzie Zamawiający nie uzyskał rzeczywistej odpowiedzi
na zadane Wykonawcy pytanie, a to na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226
ust. 1 pkt 8 Pzp obligowało go do odrzucenia oferty Przystępującego.
Izba uznała natomiast za niezasadny zarzut nr 2 odwołania. W tym zakresie Izba uznała
za wiarygodną argumentację z pisma procesowego Przystępującego, który wskazał m. in.,
że „Zamawiający dopuszcza zastosowanie alternatywnego rozwiązania do siatki stalowej
w postaci np. blachy perforowanej. Bezpośredni zapis znajduje się w dokumencie przetargowym zamieszczonym przez Zamawiającego w pliku „errata - tekst.docx" p. 4,
pp. 21)". Co szczególnie istotne źródłem informacji Odwołującego, co do ewentualnej niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia były wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Wyjaśnienia takie stanowią pewien obraz zamierzonego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, ale nie można pominąć okoliczności, że służą one przede wszystkim przekonaniu zamawiającego o realności ceny oferty. Stąd – nawet jeśli w wyjaśnieniach pojawiają się stwierdzenia wskazujące na możliwość niezgodności oferty z SWZ,
a niezgodność ta nie ma charakteru jednoznacznego i nie budzącego żadnych wątpliwości,
to o stwierdzeniu takiej niezgodności mówić można dopiero po złożeniu przez wykonawcę
wyjaśnień treści tej oferty.
W konsekwencji zarzut nr 2 został oddalony jako niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: …….....……...……