

WYROK

Warszawa, 16 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MTM Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,

w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Wsi Radomskiej w Radomiu,

uczestnik po stronie Zamawiającego – SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża Muzeum Wsi Radomskiej w Radomiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Wsi Radomskiej w Radomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa nowej siedziby Muzeum Wsi Radomskiej w Radomiu – etap II*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 grudnia 2024 r. pod numerem 785954-2024.

Konsorcjum: MTM Budownictwo Sp. z o.o., PBO Śląsk Sp. z o.o. wniosło 17 kwietnia 2025 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, w tym że Odwołujący nie przedłożył wszystkich kalkulacji (kosztorysów) dotyczącej wyceny oferty oraz, że przedłożone kosztorysy zawierają omyłki i błędy, które dyskwalifikują złożone wyjaśnienia, a konsekwencji Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podczas gdy oferta Odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej ceny, przyjęta przez niego wartość wynagrodzenia ryczałtowego pozwala na zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do wskazania przez Zamawiającego omyłek w kosztorysach załączonych do wyjaśnień i to w zakresie pozycji, które są nie kluczowe z punktu widzenia całego zamówienia, Odwołujący przedłożył kosztorysy dotyczące wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, a same wyjaśnienia zostały sporządzone w sposób kompleksowy i rzetelny, przez co Odwołujący wykazał, że zaoferowana cena

pozwała na wykonanie przedmiotu zamówienia;

- 2) ewentualnie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 4 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez niezasadne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień skoro uznał, że pierwsze wyjaśnienia jakie otrzymał od Odwołującego są niewystarczające, podczas gdy Zamawiający mając wciąż wątpliwości względem otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień powinien wezwać do ich uzupełnienia wraz ze wskazaniem konkretnych zagadnień, które chciałby dodatkowo wyjaśnić, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że sporządzone przez niego wezwanie było lakoniczne i nie wskazywało, wobec których elementów ceny Zamawiający ma największe podejrzenia pod kątem rażąco niskiej ceny oraz w jaki sposób Odwołujący miałby sformułować wymagane od niego wyjaśnienia;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA S.A., podczas gdy biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej, przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego oraz uznania, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę lub ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień z dnia 17 marca 2025 r. dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na przebudowie i nadbudowie istniejącego budynku kas Muzeum, budowa budynku administracyjno-hotelowego, parkingu, podziemnego zbiornika retencyjnego na deszczówkę na części działki Nr ewid. 145/5 (Obręb 0130 – Jeżowa Wola, Arkusz 82) oraz budowa parkingu, wiat fotowoltaicznych nad miejscami postojowymi i podziemnego zbiornika retencyjnego na deszczówkę wraz z separatorem substancji ropopochodnych na części działki Nr ewid. 25/2 (Obręb 0180 – Krychnowice, Arkusz 173) w Radomiu. (rozdz. III pkt 1 SWZ).

W rozdz. XVII SWZ Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty:

3. *Cena oferty (ryczałtowa) musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena całkowita powinna odpowiadać rzeczywistym kosztom wykonania przedmiotu zamówienia. W cenie oferty mieścić się musi całkowity koszt kompletnej realizacji zamówienia, w tym również wszelkie rabaty, upusty finansowe, podatek VAT itp. oraz koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia.*
4. *Cena oferty powinna obejmować wykonanie całego przedmiotu zamówienia obliczona na podstawie wszystkich załączników do niniejszej SWZ, w szczególności dokumentacji projektowej, STWiORB, oraz przedmiarów, z tym zastrzeżeniem że przedmiar robót stanowi jedynie dokument pomocniczy do wyceny. Wyliczona w ten sposób cena oferty winna zostać wpisana do Formularza oferty.*
5. *Koszty oferty, na podstawie którego została wyliczona cena oferty stanowić będzie dokument poglądowy, służący pomocniczo do ustalenia rozliczenia ewentualnych robót dodatkowych, robót zamiennych itp. i zostanie przekazany Zamawiającemu po podpisaniu umowy, jako załącznik do Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego.*
6. *Cena ryczałtowa obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy. Żadne błędy przedmiarów (mających charakter pomocniczy), pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań technicznych, lub innych kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z Szczegółowym Opiskiem Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) nie mogą być podstawą żądania zmiany ceny ryczałtowej. (...)*
8. *Cena oferty powinna obejmować wykonanie całego przedmiotu zamówienia obliczonej na podstawie wszystkich załączników do niniejszej SWZ.*

Zgodnie z § 16 wzoru umowy:

1. *Strony ustalają ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, na kwotę w wysokości ... zł netto (słownie: ... złotych), wraz z podatkiem VAT 23% w wysokości ... zł*

(słownie: ... złotych) co łącznie stanowi kwotę brutto w wysokości ... zł (słownie: złotych).

2. Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy ma charakter ryczałtowy.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 56 872 873,98 zł netto, a przed otwarciem ofert poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 79 053 294,78 zł brutto (protokół postępowania druk ZP-PN).

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) SKANSKA S.A.: 61 254 000,00 zł,
- 2) Budimex S.A.: 61 475 400,00 zł,
- 3) MTM Budownictwo Sp. z o.o., PBO Śląs Sp. z o.o.: 56 161 800,00 zł,
- 4) ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., ALSTAL Development Sp. z o.o.: 64 820 245,26 zł
- 5) Firma Budowlana Anna – Bud Sp. z o.o.: 63 870 000,00 zł,
- 6) EBS BUD Sp. z o.o.: 56 580 000,00 zł.

Pismem z 10 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał, że: *oczekuje, iż w wyjaśnieniach Wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację ceny oferty w oparciu o Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący Załącznik nr 5 do SWZ, oraz projekt umowy stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania zadane w toku postępowania. Zamawiający oczekuje, że wyjaśnienia będą miały formę co najmniej kosztorysu ofertowego zawierającego zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających opis oraz z wyliczeniem kosztów w oparciu o zestawienie ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych, na podstawie którego została wyliczona cena oferty z uwzględnieniem kosztu wykonania wszystkich robót wynikających z OPZ Załącznik 5 do SWZ, a także prac, dostaw i usług dodatkowych wynikających z projektu umowy – Załącznik nr 6 do SWZ, oraz załączenia dowodów potwierdzających podane koszty. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia i dowody będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki mające wpływ na podaną w ofercie cenę wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w terminie do 17 marca 2025 r. do godz. 14:00.*

Pismem z 12 marca 2025 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 19 marca 2025 r. (tj. do 7 dni roboczych), wskazując na *treść wezwania jak również ciążący na wykonawcy rygor dowodowy w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, mając na względzie zakres oczekiwań Zamawiającego, jak również mając na uwadze fakt, że wyjaśnienia będą musiały uwzględniać również szczegóły kalkulacyjnego podmiotu udostępniającego potencjał (...) Zamawiający odmówił zgody na przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, stwierdzając: Wykonawcę przystępującego do postępowania przetargowego, należy oceniać przez pryzmat art. 355 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.), z uwagi na odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik jest zobowiązany zachować staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (tzw. należyta staranność). W odniesieniu do profesjonalistów, za których uznaje się wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, miernik staranności ulega podwyższeniu. (...). Niewątpliwie przed złożeniem oferty w postępowaniu Wykonawca powinien dokonać z należyta starannością kalkulacji ceny. Jako podmiot zobowiązany do podwyższonej staranności, Wykonawca składający ofertę o zamówienie publiczne, już na etapie jej przygotowania powinien być w posiadaniu kalkulacji i informacji niezbędnych do prawidłowej wyceny zamówienia.*

Odwołujący złożył wyjaśnienia, do których załączył:

- kosztorysy: budowlany, elektryczny i wentylacje (tajemnica przedsiębiorstwa),
- kosztorysy sporządzone przez podmiot udostępniający Odwołującemu swoje zasoby (podwykonawcy): audio-wideo, instalacje sanitarne, roboty drogowe, roboty ogólnobudowlane, umeblowanie cz. 1 i 2, wentylacja, elektryka i teletechnika,
- oferty podwykonawców i kontrahentów.

Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 7 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie odrzucenia oferty:

(...) Biorąc pod uwagę przedstawione dowody oraz orzecznictwo KIO, Zamawiający podjął decyzję o utrzymaniu statusu poufności dla następujących dokumentów – złożonych w ramach wyjaśnień:

1) Załączników 8 – kosztorysów (ogólnobudowlany, elektryczny, wentylacja),

2) Dokument pn. Dowód nr 1 – oferty materiały,

3) Dokument pn. Dowód nr 2 – Oferta użytkownika,

dlatego też poszczególne nazwy podwykonawców a także przywołane kwoty zostały w uzasadnieniu pominięte, lub wykreślane.

Z analizy złożonych dokumentów wynika, że Wykonawca przedstawił kosztorysy ofertowe jedynie na część robót tj. roboty ogólnobudowlane, roboty elektryczne i wentylację.

W pozostałym zakresie przedstawiono jedynie oferty i kosztorysy podwykonawców, które jednak nie mogą być utożsamiane z kosztorysem ofertowym, gdyż po pierwsze stanowią ofertę podwykonawcy złożoną wykonawcy a nie Zamawiającemu, ponadto bez względu na konfigurację nie „składają się na zaoferowaną cenę oferty”. Wykonawca całkowicie zaniechał przedstawienia kosztorysów ofertowych na roboty drogowe, instalacje wodno-kanalizacyjne i wyposażenie. Przedstawienie na te roboty ofert podwykonawców, nawet sporządzonych w formie kosztorysów nie można utożsamiać z kosztorysem Wykonawcy, tym bardziej, że sam Wykonawca zawarł je w plikach pod nazwą DOWODY – a więc przypisał im wagę dowodów mających uzasadniać ceny podane w kosztorysach ofertowych, składających się na cenę oferty. Dowód na to stanowi także fakt, że na roboty ogólnobudowlane, instalacje elektryczne i teletechniczne oraz wentylację przedstawiono obok kosztorysu ofertowego Wykonawcy, także kosztorys podwykonawcy, co Zamawiający ocenia jako działanie prawidłowe – jednak dotyczy to jedynie trzech wskazanych kosztorysów. Na pozostałe roboty przedstawiono jedynie kosztorysy i oferty podwykonawców.

Zamawiający analizując przedstawione kosztorysy i dowody nie uzyskał nawet informacji, które kalkulacje i kosztorysy podwykonawców Wykonawca ostatecznie przyjął wyceniając roboty dla Zamawiającego, przykładowo na system BMS przedstawiono dwie oferty nie wskazując, który ostatecznie system został przyjęty w ofercie.

Dodatkowo, przedstawione kosztorysy ofertowe Wykonawcy (na roboty ogólnobudowlane, roboty elektryczne i wentylację) stanowią jedynie odzwierciedlenie przedmiarów (którym w postępowaniu nadano walor pomocniczy) i nie obejmują wszystkich robót wskazanych w dokumentacji projektowej a także całkowicie pomijają wyjaśnienia i uzupełnienia do dokumentacji stanowiące konsekwencję odpowiedzi na pytania Wykonawców udzielone podczas postępowania przetargowego. Przykładowo można tu przywołać błędnie przyjętą przez Wykonawcę ilość drzew do nasadzenia (przyjęto łącznie nasadzenia 54 drzew – poz. 2.3.4 i 2.3.5 kosztorysu budowlanego), podczas gdy Zamawiający w odpowiedzi udzielonej w dniu 10.02.2025 r. (pyt. 179) jasno wskazał, iż wymaga nasadzenia łącznie 91 szt. drzew z czego 40 sztuk na dz. 25/2 – 46 szt. na terenie skansenu oraz 5 szt. na działce 145/5 (w ramach nasadzeń kompensacyjnych).

Dodatkowo należy wskazać, że przedstawione kosztorysy ofertowe (na roboty ogólnobudowlane, roboty elektryczne i wentylację), w zestawieniu z ofertami i kosztorysami przedstawionymi jako dowody wskazują jednoznacznie, iż przyjęte przez Wykonawcę ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. w wielu przypadkach przedstawiona w kosztorysie ofertowym cena jest dużo niższa niż cena wynikająca z załączonego dowodu.

Przykładowo należy wskazać wycenę drzwi przeszklonych (poz. 1.2.32,11 kosztorysu robót ogólnobudowlanych) – wycena w kosztorysie ofertowym jest znacznie niższa niż wycena podwykonawcy. W kosztorysie ofertowym pozycję wyceniono nazł/m² drzwi przeszklonych EI30, natomiast w wycenie podwykonawcy wskazano cenę dwukrotnie wyższą (L.p. 5 str. nr 2). Podobnie dla pozycji kosztorysu ogólnobudowlanego 1.2.33.3 – wycena w kosztorysie jest znacznie niższa niż wycena podwykonawcy. W kosztorysie ofertowym Wykonawca przyjął zł/m² za wykonanie ściany przeszklonej kurtynowej, natomiast w wycenie podwykonawcy wskazano cenę prawie 60% wyższą (L.p. 65 str. nr 22).

Podobnie sytuacja wygląda dla wyceny elementów małej architektury. Przykładowo:

a) w kosztorysie ofertowym ławka ł2 półokrągła (poz. 2.2.13) wyceniona jest na zł netto, co stanowi jedynie niecałe 17% ceny podanej w ofercie podwykonawcy (dowód nr 10),

b) w kosztorysie ofertowym ławka ł3 półokrągła (poz. 2.2.14) wyceniona jest na zł netto co stanowi jedynie niecałe 9 % ceny podanej w ofercie podwykonawcy (dowód nr 10),

c) w kosztorysie ofertowym kosz na odpady (poz. 2.2.15) wyceniona jest na zł netto , co stanowi jedynie niecałe 9 % ceny podanej w ofercie podwykonawcy (dowód nr 10);

przy czym należy wskazać, że to ceny wskazane przez podwykonawcę, w ocenie projektanta, zbliżone są do cen rynkowych za wskazane elementy, zaś ceny wynikające z kosztorysu ofertowego są znacząco zaniżone w stosunku do danego elementu przedmiotu zamówienia.

Przedstawione rozbieżności wskazują jednoznacznie, że dowody które miały potwierdzić prawidłowość przyjętych wycen, potwierdzają jedynie, że Wykonawca zaniżył ich wartość w ofercie.

Kolejne zastrzeżenia Zamawiającego budzi poziom cen przyjętych dla wyceny drewna do zastosowania na elewacjach i na dachu. Zamawiający poświęcił problematyce drewna jakie ma zostać zastosowane, szczególną uwagę, ze względu na trudności w dostępie do drewna przyjętego pierwotnie w dokumentacji projektowej tj. drewna modrzewia syberyjskiego.

W odpowiedziach na pytania składanych podczas postępowania Zamawiający wskazał, iż dopuszcza zastosowanie zamiennie modrzewia europejskiego, jednakże szczegółowo określił wymagania jakie musi spełniać zastosowany materiał. W kosztorysie ofertowym (poz. 1.1.23.5, oraz poz. 1.2.24.5 kosztorysu robót ogólnobudowlanych) – oferent przyjął cenę drewna do zewnętrznego obłożenia dachów w wysokości zł netto/m² wraz z kosztem wykonania. Specyfikacja techniczna oraz odpowiedzi na pytania opisują drewno z modrzewia bardzo dobrej jakości (a nie tylko deski). Cena tego rodzaju drewna oscyluje w kwocie ok 180 zł netto/m² za samo drewno (bez wykonania robót montażowych). Zdaniem Zamawiającego za tak niską kwotę Wykonawca nie jest w stanie wykonać okładziny drewnianej dachu ani nawet zakupić drewna o wymaganej jakości. Podobnie zastrzeżenia Zamawiającego budzi przyjęta przez Wykonawcę (poz. 1.2.26.4 kosztorysu robót ogólnobudowlanych) cena wykonania drewnianej okładziny elewacyjnej. W kosztorysie przyjęto cenęzł/ m², co w ocenie Zamawiającego biorąc pod uwagę stopień skomplikowania a także wymaganą jakość drewna jest ceną nierealną. Wskazana cena nie stanowi nawet ceny rynkowej drewna gorszej niż wymagana jakości a zakres ma obejmować najwyższej jakości drewno o różnych grubościach elementów drewnianych wraz z montażem.

Warto przy tym wskazać, że Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na realność przyjętych w kalkulacji cen. Pośród dowodów brak jakiegokolwiek oferty na drewno elewacyjne czy też drewno na pokrycie dachu, co samo w sobie może stanowić przesłankę do uznania, iż zaoferowana cena wskazanych elementów jest rażąco zaniżona. Pamiętać przy tym należy, iż drewno elewacyjne i służące do pokrycia dachów wszystkich mających powstać budynków stanowi istotny element kosztowy przedmiotowego zamówienia, na co dowód stanowią liczne pytania wykonawców składane podczas postępowania.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje następujące braki w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawców składających wspólną ofertę:

- brak kosztorysu ofertowego na instalacje wodno-kanalizacyjną, instalację c.o. i kotłownię gazową. Z przedstawionych ofert podwykonawców nie sposób wywnioskować jaki zakres obejmują,
- brak jednolitego określenia czy oferta obejmuje koszt rozbioru całego istniejącego budynku kasy czy też jego częściowej rozbioru (dokumentacja projektowa dopuszcza oba warianty, zaś w przedmiarach przyjęto częściową rozbiorę). Oferta podwykonawcy stanowiąca dowód (folder Dowód nr 2 oferta użytkownika) – wskazuje na rozbiorę całego budynku, jednakże nie zostało to uwzględnione w kosztorysie;
- oferta podwykonawcy (folder Dowód nr 2 oferta użytkownika – dok. Nr 3) na instalacje wentylacji i klimatyzacji. Oferta podwykonawcy dotyczy urządzeń o innych parametrach (w ofercie wskazano markę urządzeń) niż przyjęte w dokumentacji projektowej, zaś w ofercie Wykonawca nie wskazał, iż oferuje urządzenia równoważne;
- brak dowodów potwierdzających przyjęcie nierealnej w ocenie Zamawiającego ceny wykonania okładzin akustycznych z płyt perforowanych z rdzeniem barwionym w masie (poz. 1.2.29.1, 1.2.29.5 i 1.2.29.6 kosztorysu robót ogólnobudowlanych). Cena rynkowa tych elementów oscyluje pomiędzy 550-650 zł netto/m², zaś Wykonawca skalkulował ten element na kwotę o niemal połowę niższą, co przy braku jakiegokolwiek dowodu na poparcie wyceny okładzin akustycznych nie rozwiewa wątpliwości Zamawiającego;
- oferta podwykonawcy (folder Dowód nr 2 oferta użytkownika – dok. Nr 13) na stolarkę zewnętrzną przeszkloną – dołączony dowód nie obejmuje szkła selektywnego odizolowanego oraz uszczelnienia po montażu wokół okien, przez co oferta obejmuje produkt niespełniający wymagań dokumentacji projektowej. Oferta podwykonawcy wskazuje okna systemu firmy Yawal, który nie oferuje możliwości szklenia od zewnątrz i nie ma systemu ukrytego skrzydła. Dodatkowo należy wskazać, iż wymagania szklenia oprócz dokumentacji projektowej były przedmiotem wyjaśnień na etapie składania ofert;
- brak jednoznacznego wskazania jaki system automatyki i BMS przyjęto do skalkulowania ceny ofertowej, załączono dwie oferty – jedną w folderze pt. Dowód nr 2 oferta użytkownika – dok. Nr 5, zaś drugą w folderze pt. Dowód nr 1 – oferty

na materiały – dok. Nr 5. Wykonawca nie wskazał która ostatecznie oferta została przyjęta do skalkulowania ceny oferty.

Jako kolejny argument wskazujący, na to, że Wykonawca nie sprostął obowiązкови udowodnienia Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia jest fakt, że w żadnym dokumencie czy kalkulacji Wykonawca nie wskazał, iż w cenie oferty uwzględnił koszty, które wprost nie wynikają z dokumentacji projektowej ale Zamawiający jednoznacznie w dokumentach zamówienia nakazał Wykonawcom ujęcie ich w cenie oferty.

Dotyczy to przede wszystkim ujęcia w cenie oferty:

- kosztów dodatkowego ogrodzenia terenu budowy od strony północnej i zachodniej, o którym mowa we wzorze Umowy (§ 1 ust. 7 pkt. 1 lit. d) - Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż ogrodzenie to ma odbiegać od standardowego ogrodzenia placu budowy i wskazał jego parametry: wysokość 2,5 -3 m. do którego Wykonawca zobowiązany jest zamontować baner lub siatkę z nadrukiem umożliwiającym estetyczne wyгородzenie (projekt i wykonanie według wytycznych Zamawiającego). Zamawiający wskazał, że udostępni pliki w formie umożliwiającej wykonanie nadruków,

- kosztów wynajęcia co najmniej 4 ogrzewanych i klimatyzowanych kontenerów w tym 1 wyposażony w sanitariat, o wymiarach co najmniej 6 x 2,80 m każdy, na potrzeby przeniesienia systemu ochrony Muzeum na czas budowy (§ 1 ust. 7 pkt. 1 lit. k wzoru Umowy),

- kosztów przeniesienia systemów ochrony Muzeum (monitoring, CCTV, p.poż) do tymczasowych kontenerów wraz z doprowadzeniem zasilania do kontenerów oraz ponownego podłączenia systemów ochrony w nowopowstałych pomieszczeniach (§ 1 ust. 7 pkt. 1 lit. l wzoru Umowy),

- kosztów wynajęcia i wyposażenia (biurka, szafki) dwóch ogrzewanych i klimatyzowanych wyposażonych w sanitariat, kontenerów na potrzeby przeniesienia kas Muzeum – minimum trzy stanowiska pracy, z dostępem zewnętrznym (okienka kasowe). Zamawiający wymaga ustawienia i doprowadzenia zasilania do kontenerów – planowane miejsce ustawienia kontenerów – wejście do Muzeum od strony ul. Szydlowieckiej (§ 1 ust. 7 pkt. 1 lit. m wzoru Umowy).

(...) Liczne braki w złożonych wyjaśnieniach a przede wszystkim brak kompletu kosztorysów ofertowych wskazują jednoznacznie, iż Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. (...) Oferta Wykonawcy, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odrzucenie oferty zostało poprzedzone pozyskaniem opinii biegłych w zakresie nadzoru autorskiego i nadzoru inwestorskiego i oparte na ocenach wyrażonych w tych opiniach.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Na wstępie wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący nie sformułował zarzutów dotyczących samego wezwania do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym jego treści, zasadności czy określonego terminu na złożenie wyjaśnień. Odwołanie wyraźnie odnosi się do oceny Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Uwagi dotyczące niewskazania, z czego wynikają wątpliwości co do realności ceny przy braku wyraźnych różnic cenowych czy terminu na złożenie wyjaśnień i odmowy jego przedłużenia, należy traktować jako argumentację na poparcie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty. Argumentacja ta przedstawia tło i okoliczności wezwania, od których nie można abstrahować oceniając wyjaśnienia wykonawcy. Nie jest bez znaczenia, jakie okoliczności legły u podstaw skierowania wezwania do wyjaśnień, w tym to, jak znacznie zaoferowana cena odbiega od cen pozostałych ofert i wartości szacunkowej zamówienia. Podobnie, przy ocenie stopnia szczegółowości wyjaśnień nie można całkowicie pomijać tego, jak ma się wyznaczony przez Zamawiającego termin do

oczekiwanej szczegółowości wyjaśnień i czy wykonawca przy dołożeniu należytej staranności miał obiektywną możliwość złożenia wyjaśnień bardziej szczegółowych.

W rozpoznawanej sprawie nie można więc abstrahować od tego, że oferta Odwołującego była zbliżona do pozostałych ofert i nie odbiegała znacznie od wartości szacunkowej zamówienia, a różnice te są raczej naturalnym efektem konkurowania wykonawców, nie zaś próbą uzyskania zamówienia, którego wykonawca nie jest w stanie zrealizować za zaoferowaną cenę. Przy ocenie wyjaśnień należy też mieć na uwadze, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie wyjaśnień był krótki, jeśli uwzględni się, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia kompletu kosztorysów, które nie były elementem oferty oraz że nie wyraził zgody na wydłużenie terminu o wnioskowane przez Odwołującego dwa dni robocze. Jakkolwiek wykonawca miał oczywiście obowiązek złożenia rzetelnych wyjaśnień w wyznaczonym terminie i obciążał go obowiązek wykazania prawidłowości ceny, to ocena, jak się z tego wywiązał, powinna uwzględniać okoliczności sprawy oraz zasadę proporcjonalności.

Następnie podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

W ocenie Izby okoliczności wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie potwierdzają zasadności tego odrzucenia.

Oczywistym jest, że obowiązek badania prawidłowości i realności zaoferowanej ceny dotyczy również ceny ryczałtowej i wykonawca nie jest w takim przypadku zwolniony z obowiązku wykazania, w jaki sposób cena została skalkulowana, jakie czynniki kosztotwórcze i w jakiej wysokości uwzględnia. Izba nie kwestionuje również prawa Zamawiającego do wskazania w wezwaniu, że w ramach wyjaśnień wykonawca powinien przedstawić kosztorysy. W takim jednak przypadku kosztorysy mają charakter dowodu, który ma potwierdzać realność ceny oferty, nie zaś formalnie obowiązującego wykonawcę dokumentu sporządzonego w ściśle określony sposób i stanowiącego treść oferty. W związku z tym zawartość tych kosztorysów i ewentualne uchybienia w nich nie mogą być oceniane w oderwaniu od tego, że nie są to kosztorysy ofertowe sensu stricto i że cena, której dotyczą wyjaśnienia, jest ceną ryczałtową. Jeżeli wykonawca zaprezentuje sposób kalkulacji ceny w innej formie niż konkretnie oczekiwany przez Zamawiającego kosztorys, przedstawiając szczegółowe założenia i wartości przyjęte do kalkulacji, to Zamawiający nie może a priori uznać takich informacji za niewystarczające.

Należy wziąć pod uwagę, że przygotowanie kosztorysów w stopniu szczegółowości oczekiwanej przez Zamawiającego jest czasochłonne, a zgodnie z rozdz. XVII pkt 5 SWZ wykonawca jest zobowiązany przedstawić kosztorys dopiero po podpisaniu umowy, jako załącznik do Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, przy czym dokument ten będzie miał charakter poglądowy, służący pomocniczo do ustalenia rozliczenia ewentualnych robót dodatkowych czy robót zamiennych. O ile wykonawca kalkulując cenę oferty z należytą starannością powinien dysponować danymi i założeniami, na których tę kalkulację oparł, to nie można pominąć, że mogły mieć one postać roboczych opracowań czy dokumentów pochodzących od podmiotów zewnętrznych i nie odpowiadać co do formy i stopnia szczegółowości oczekiwaniom Zamawiającego sformułowanym w wezwaniu do wyjaśnień, a wykraczającym poza te, które obowiązywały wykonawcę w świetle SWZ.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, który jako jedną z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazał nieprzedstawienie kosztorysów na inne branże niż roboty ogólnobudowlane, roboty elektryczne i wentylację, podczas gdy Odwołujące załączył do wyjaśnień kosztorysy dotyczące wszystkich branż, z tym że część z nich została sporządzona przez podmiot, który udostępnia Odwołującemu swoje zasoby i który będzie dany zakres robót realizował jako podwykonawca. Ze stanowiska Zamawiającego można wnioskować, że pominął on przy badaniu ceny kosztorysy podwykonawcy. Zamawiający stwierdził, że kosztorysy te nie mogą być utożsamiane z kosztorysem ofertowym (gdyż stanowią ofertę podwykonawcy złożoną wykonawcy a nie Zamawiającemu) i że sam Odwołujący przypisał im jedynie charakter dowodów. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że w przedmiotowej sprawie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia kosztorysy ofertowe w ogóle nie występują, a przedstawienie kosztorysów w ramach wyjaśnień może mieć właśnie walor dowodowy. Zamawiający w żaden przekonujący sposób nie wyjaśnił swojej oceny co do kompletności złożonych kosztorysów. Wskazać należy, że skoro są to kosztorysy sporządzone dla potrzeb tego

zamówienia przez podmiot, który będzie uczestniczył w jego wykonaniu, pominięcie ich i odrzucenie oferty z uwagi na niezłożenie kosztorysów przez wykonawcę należy jednoznacznie uznać za nieuzasadnione.

Zauważenia wymaga, że suma wartości przedstawionych kosztorysów jest mniejsza niż cena ofertowa, zatem wycena robót znajduje pokrycie w zaoferowanej cenie. Niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, który jako wadę wyjaśnień wskazał okoliczność, że kosztorysy nie sumują się do ceny ofertowej. Wniosek o zaniżeniu ceny oferty byłby uprawniony, gdyby suma kosztorysów przewyższała cenę oferty, co w tej sprawie nie miało miejsca.

Wobec powyższego za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego co do generalnej wadliwości wyjaśnień, mającej polegać na nieprzedstawieniu kosztorysów dla całości zamówienia.

Izba nie podziela również szczegółowych zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących konkretnych stawek przyjętych w przedstawionych kosztorysach.

Podkreślić należy, że przyczyną odrzucenia oferty może być rażąco niska cena całkowita lub jej części składowe, ale tylko wtedy, gdy mają charakter istotny. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku ryczałtu zaniżenie wyceny jednostkowych pozycji, która prezentowana jest dla celów dowodowych w ramach wyjaśnień, może mieć znaczenie w sytuacji, gdy oddziałuje na cenę całkowitą.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pominął kwestię istotności poszczególnych elementów składowych ceny i tego jak wpływają one na możliwość wykonania umowy za zaoferowaną cenę ryczałtową. Zamawiający nie podjął nawet próby wskazania, czy niższa wycena zakwestionowanych składników powoduje, że cena za całość zamówienia staje się nierealna. Zamawiający skupił się na pojedynczych składnikach ceny skalkulowanych na niskim poziomie, nie biorąc pod uwagę, że wycena innych elementów została dokonana na poziomie istotnie wyższym niż zrobili to inni wykonawcy lub niż wynika to z kosztorysu inwestorskiego. Wewnętrzna struktura ceny nie ma w tym przypadku charakteru sztywnego. Ponownie podkreślić należy, że znaczenie i funkcja kosztorysów jest inna w przypadku, gdy stanowią one treść oferty na zamówienie, za którego wykonanie będzie przysługiwało wynagrodzenie kosztorysowe, a inna – gdy kosztorys ma tylko dowieść realności ceny o charakterze ryczałtowym. W tym drugim przypadku nie można przypisywać poszczególnym wartościom takiego znaczenia, jak w przypadku ceny kosztorysowej. Tymczasem Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień Odwołującego w taki sposób, jakby częścią oferty i podstawą rozliczenia robót były kosztorysy ofertowe.

Zamawiający sformułował szereg zastrzeżeń dotyczących wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, jednak – jak wskazano powyżej – nie wykazał ich znaczenia dla ceny całkowitej i możliwości zrealizowania zamówienia. Już tylko z tego powodu czynność odrzucenia oferty należy uznać za niezasadną. Chociaż wyjaśnieniom Odwołującego można wytknąć określone braki czy uchybienia, co Zamawiający uczynił, to nie można przyjąć, że sam fakt ich zaistnienia dyskwalifikuje wyjaśnienia i powinien prowadzić do odrzucenia oferty. Podkreślić należy, że ocena wyjaśnień powinna być dokonywana z uwzględnieniem obowiązującej Zamawiającego zasady proporcjonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę, braki takie jak przedstawienie dwóch ofert na system BMS, oparcie kosztorysów ofertowych na przedmiarach mających charakter pomocniczy, błędy dotyczące ilości nasadzeń, przy uwzględnieniu charakteru ceny i czasu, jakim dysponował wykonawca na przedstawienie wyjaśnień wymagających opracowania kosztorysów, nie mogą być uznane za uzasadniające odrzucenie oferty. Podobnie, stanowisko Zamawiającego o zaniżeniu niektórych części składowych ceny (drzwi przeszklone, ściana przeszklona kurtynowa, obiekty małej architektury takie jak ławki, koszt na odpady) nie potwierdza, aby dotyczyło to elementów mających istotne znaczenie dla całkowitej ceny ryczałtowej i realizacji zamówienia. Nawet jeśli elementy te zostały wycenione poniżej wartości rynkowej, nie oznacza to automatycznie, że konieczne jest zastosowanie najdalej idącej sankcji w postaci odrzucenia oferty. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający skupił się na wytknięciu nieistotnych rozbieżności pomiędzy kosztorysami ofertowymi ze zmienionymi wymaganiami SWZ dotyczących jednostkowych pozycji kosztorysowych, bez wykazania, w jaki sposób wykryte przez niego uchybienia mają uzasadniać tezę o rażąco niskiej cenie oferty. Analogicznie należy ocenić tezę o zaniżeniu wyceny drewna do zastosowania na elewacjach i na dachu. Nawet przy nieprzedstawieniu dowodów na realność wyceny w tym zakresie Zamawiający nie jest zwolniony z oceny, jakie ma to znaczenie dla ceny ryczałtowej i czy niedoszacowanie jest takiej wysokości, że nie znajduje pokrycia w cenie ryczałtowej. Zamawiający dokonał takiej oceny tak, jakby roboty wymagające użycia drewna były rozliczane kosztorysowo, nie uzasadnił, że udział tych robót w cenie całkowitej jest tak duży, że podważa realność ceny. Dodatkowo zauważenia wymaga, że nieprawidłowe i niedające pełnej wiedzy o podstawach faktycznych odrzucenia, jest posługiwanie się przez Zamawiającego określeniami typu „przykładowo” czy „w wielu przypadkach”.

Odnosząc się do kolejnych zastrzeżeń Zamawiającego wskazać należy, że twierdzenie, jakoby Odwołujący nie przedstawił kosztorysów dla instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalację c.o. i kotłownię gazową, nie ma oparcia w dokumentacji postępowania. Odwołujący przedstawił kosztorys podmiotu udostępniającego zasoby na instalacje

sanitarne, obejmujący ww. zakres robót. Trudno też podzielić uwagi o braku jednolitego określenia, czy oferta obejmuje koszt rozbiórki całego istniejącego budynku kasy czy też jego częściowej rozbiórki, skoro przedłożona oferta podwykonawcy obejmuje rozbiórkę całego budynku. W odniesieniu natomiast do stwierdzenia, że oferta podwykonawcy na instalacje wentylacji i klimatyzacji dotyczy urządzeń o innych parametrach (w ofercie wskazano markę urządzeń) niż przyjęte w dokumentacji projektowej, stwierdzić należy, że powyższe nie świadczy samo w sobie o zaniżeniu wyceny w sposób niepozwalający na prawidłową realizację zamówienia.

Również w odniesieniu do pozostałych wskazanych przez Zamawiającego uchybień, dotyczących okładzin akustycznych z płyt perforowanych, stolarki zewnętrznej przeszklonej, dodatkowego ogrodzenia terenu budowy od strony północnej i zachodniej, wynajęcia i wyposażenia kontenerów, przeniesienia systemów ochrony Muzeum), Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób powyższe koszty miałyby wpływać czy decydować o nierynkowej wycenie oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę skalę robót do wykonania i wartość całego zadania, trudno uznać zakwestionowane przez Zamawiającego części składowe za rozstrzygające w kontekście ceny całkowitej. Zamawiający nie przedstawił argumentów, które przemawiałyby za taką oceną.

Podsumowując, wyjaśnienia złożone Odwołującego nie są wolne od uchybień, jednak Zamawiający poprzestał na ich ustaleniu i wytknięciu, bez choćby próby wykazania, że są to uchybienia dyskwalifikujące wyjaśnienia i uzasadniające wniosek o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Powyższej oceny nie zmieniają złożone w postępowaniu odwoławczym dowody. Zamawiający przedstawił opracowanie własne i oferty podmiotów zewnętrznych, na okoliczność wysokości kosztów nieuwjętych w ofercie Odwołującego, Przystępujący natomiast – wydruk korespondencji mailowej, na okoliczność cen drewna modrzewiowego. Zestawienie złożone przez Zamawiającego stanowi powielenie informacji zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, a w zakresie w jakim przedstawia nowe okoliczności – nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Z kolei dowody mające potwierdzać wysokość cen rynkowych poszczególnych elementów zamówienia potwierdzają, że Zamawiający i Przystępujący pozyskali takie oferty lub informacje. Podkreślić również należy, że ewentualne przełożenie tych składników ceny, których dotyczą złożone dowody, na cenę oferty i możliwości realizacji zamówienia, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, czynność ta była niezasadna, zatem Zamawiający naruszył przepisy art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji również art. 16 i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, który to zarzut miał charakter ewentualny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....