

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Matemblewska 27, 80-283 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171, 39-300 Mielec**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „LWK” W. S., ul. Jawór 44A, 28-305 Sobków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Przedsiębiorstwo J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Matemblewska 27, 80-283 Gdańsk** i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Matemblewska 27, 80-283 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Matemblewska 27, 80-283 Gdańsk** na rzecz zamawiającego **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171, 39-300 Mielec** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu, ul. Wolności 171, 39-300 Mielec wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętnych w Mielcu«.

29.12.2020 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 772698-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

01.04.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „LWK” W. S., ul. Jawór 44A, 28-305 Sobków.

06.04.2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo J.A.T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Matemblewska 27, 80-283 Gdańsk (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „LWK” W. S. (dalej wykonawca L), z uwagi na to, że zawiera błąd w obliczeniu ceny i rażąco niską cenę [RNC];
- 2) dokonania przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy L jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta wykonawcy L podlega odrzuceniu;
- 3) zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy L do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie okoliczności, których dotyczą zarzuty opisane w treści odwołania, w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty z uwagi na RNC jest przedwczesne, a oferta wykonawcy L wymaga dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 SPzp przez bezpodstawne uznanie, że oferta wykonawcy L jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy oferta wykonawcy L podlega odrzuceniu, co miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L, pomimo tego, że oferta zawiera RNC, a wykonawca L w toku składanych wyjaśnień nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L zawierającej błąd w obliczeniu ceny, pomimo ujawnienia się w toku złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, że wykonawca L nie uwzględnił wszystkich wymaganych w SIWZ elementów mających wpływ na wyliczenie ceny;
- 4) art. 90 ust. 1 SPzp w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty z uwagi na RNC jest przedwczesne, a oferta wykonawcy L wymaga wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie okoliczności, których dotyczą zarzuty opisane w treści odwołania;
- 5) art. 7 ust. 1 SPzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się dokonaniem przez zamawiającego działań niezgodnych z SIWZ i ustawą SPzp, które spowodowały, że oferta odwołującego, która jest najkorzystniejsza względem kryteriów oceny ofert, nie została wybrana.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy L;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy L ze względu na to, że oferta wykonawcy L zawiera błąd w obliczeniu ceny i RNC, co ujawniło się w wyniku złożenia przez wykonawcę L wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty wykonawcy L;
- 5) alternatywnie względem zarzutów 3 i 4, nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty wykonawcy L z uwagi na RNC jest przedwczesne, a oferta wykonawcy L wymaga wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie okoliczności, których dotyczą;
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający 1.04.2021 r. poinformował odwołującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy L, pomimo że oferta wykonawcy L zawiera RNC oraz błąd w obliczeniu ceny.

[2] Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 SPzp

Zamawiający w toku oceny ofert kierując się obligatoryjną dyspozycją przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 SPzp wezwał wykonawcę L do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Wykonawca L w piśmie datowanym na 8.02.2021 r. przedstawił wyjaśnienia potwierdzające, że wycena jego oferty nie obejmuje wszystkich wymaganych w dokumentacji projektowej elementów, tj. zaniża koszty pracy, normowe nakłady robocizny oraz sprzętu wynikające z KNR, na które sam wykonawca L się powołuje, jak również ceny materiałów budowlanych, obmiary powierzchni wykonywania robót oraz inne błędy, o których mowa poniżej.

Odwołujący kilkakrotnie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji w zakresie badania oferty wykonawcy L w tym RNC (e-mail z 11.02.2021 r. oraz 15.03.2021 r.). Zamawiający przekazał jedynie wyjaśnienia wykonawcy L z 8.02.2021 r. zatem odwołujący przyjmuje, że żadnych innych wyjaśnień w zakresie oferty wykonawcy L nie było.

W ocenie odwołującego treść złożonych wyjaśnień przesądza, że wykonawca L dokonał obliczenia ceny działając z nienależytą starannością wymaganą od podmiotów profesjonalnych, nie uwzględnił wszystkich wymaganych kosztów i nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę. Przede wszystkim w tych przypadkach gdzie koszty istotnie odbiegają od cen rynkowych brakuje jakichkolwiek dowodów ze strony wykonawcy L, które potwierdziłyby realność wyceny oferty.

Nie ma więc podstaw w ocenie odwołującego do wzywania wykonawcy L do składania dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, gdyż opisane w dalszej części uzasadnienia okoliczności nie budzą wątpliwości co do nieprawidłowej wyceny oferty, a wręcz potwierdzają istotne braki w tej wycenie, zaś wykonawca L miał już okazję przedstawić zarówno precyzyjne wyjaśnienia, kalkulacje jak i dowody na potwierdzenie realności ceny oferty, a tego nie uczynił. Jeśli wykonawca L złożył wyjaśnienia, w których podał znacząco zaniżone względem rynkowych ceny za materiały lub nakłady na robociznę lub sprzęt i nie przedstawił na potwierdzenie tych kosztów wiarygodnych dowodów zgodnie z treścią pierwotnego wezwania, to nie można wykonawcy L ponownie wzywać do uzupełnienia tych dowodów lub przedstawiania nowych wyjaśnień w tym samym zakresie.

Z ostrożności procesowej odwołujący podnosi jednak, że w przypadku gdyby Izba uznała, że w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu należy wezwać wykonawcę L do

dalszych wyjaśnień, to bez wątpienia należy postawić zamawiającemu zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 SPzp tj. brak dodatkowego wyjaśnienia treści oferty w zakresie wyliczenia ceny.

Odnosząc się do złożonych przez wykonawcę L wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny odwołujący wskazał, że istotne braki w wycenie oferty wykonawcy L przejawiają się w następujących elementach cenotwórczych:

#### Robocizna (R)

Zastosowana przez wykonawcę L stawka roboczogodziny 18,50 zł/rg jest niższa, niż wynika to z kalkulacji jej kosztów na podstawie przepisów. Zaznaczyć wypada że w wyjaśnieniach wykonawca L oświadczył, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Już podstawowe narzuty wynikające z ubezpieczeń społecznych, kosztów funduszu pracy itd. powodują, że minimalny koszt po stronie pracodawcy za wynagrodzenia za godzinę pracy osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę to 20,08 zł. Z uwzględnieniem takich okoliczności jak urlop wypoczynkowy pracownika, ekwiwalenty za odzież roboczą, pranie odzieży i obowiązkowe badania lekarskie koszt jednej roboczogodziny powinien wynosić 23,43 zł. Wyliczenie w tym zakresie publikuje chociażby Polska Izba Inżynierów Budownictwa na swojej stronie internetowej:

[https://map.piib.org.pl/uploads/pliki/zewn-wydawn-szkol/2020/2020-11-04\\_Wyliczenie%20minimalnej%20stawki\\_2021r\\_plakat.pdf](https://map.piib.org.pl/uploads/pliki/zewn-wydawn-szkol/2020/2020-11-04_Wyliczenie%20minimalnej%20stawki_2021r_plakat.pdf)

– niemniej jednak dostępność takich wyliczeń jest powszechna. Przyjmuje się, że minimalne wynagrodzenie za pracę wynoszące 2800 zł w 2021 r. wraz z, narzutami wynosi 3373,44 zł, co przy średniej liczbie godzin pracy w miesiącu wynoszącej 168 godzin daje właśnie wartość 20,08 zł wynagrodzenia za godzinę pracy. Rzeczywiste koszty pracodawcy w branży budowlanej, gdzie dochodzą dodatkowe koszty wynikające z jej specyfiki (ubrania robocze, ubezpieczenie) są jednak wyższe i jak wykazuje przywołane wyliczenie powinny wynosić 23,43 zł za godzinę.

Ponieważ kosztorys wykonawcy wykazuje zaangażowanie 5.981 rg, to całkowity koszt R (roboczogodzin) powinien być podniesiony:

co najmniej o kwotę  $5.981 \text{ rg} \times (20,08 - 18,50) = 9.450 \text{ zł}$ , a ze względu na specyfikę branży budowlanej nawet o kwotę:

$$5.981 \text{ rg} \times (23,43 - 18,50) = 29.486,33 \text{ zł}$$

Ponadto, z wykonanego zgodnie z przedmiarem kosztorysu wynika normowy nakład robocizny przekraczający 7.000 roboczogodzin. Taką liczbę przyjął również odwołujący, który również składał wyjaśnienia w zakresie wyceny swojej oferty.

Z uwagi na to, że wykonawca L nie uzasadnia zmniejszenia nakładów normami zakładowymi lub kalkulacjami własnymi, należy przyjąć, że wykonawca L zaniżył wycenę

o minimum 1.000 roboczogodzin x 20,08 = 20.080 zł. W przypadku stawki 23,43 zł będzie to kwota 23.430 zł.

Ogółem brakująca, nieujawniona kwota na koszty robocizny wynosi od 29.530 zł do 52.916,33 zł.

Przedmiar robót jest elementem dokumentacji projektowej i jest przygotowywany zgodnie z przepisami odrębnymi. Należy w związku z tym domniemywać, że liczba roboczogodzin czy też innych jednostek (maszynogodzin) niezbędna do realizacji zamówienia została tam prawidłowo (zgodnie z odpowiednimi normami określonymi w KNR) skalkulowana. Wykonawca L przedstawiając swoje wyjaśnienia powoływał się w każdej pozycji kosztorysu (za wyjątkiem poz. 1.4 dotyczącej demontażu brodzika dezynfekcyjnego, gdzie powołuje się na kalkulację własną) na określoną normę KNR. Wykonawca L przyjmując samodzielnie do swojej kalkulacji jako podstawę obliczeń normy obowiązujące powszechnie (zamiast powoływać się na „normę zakładową” lub kalkulację własną, którą musiałby przedstawić wraz z wyjaśnieniami) zobligowany był dochować należytej staranności przy stosowaniu tych norm. Z tego punktu wynika, że zaniżono normę liczby roboczogodzin potrzebnych do realizacji zamówienia, (a dodatkowo zaniżono stawkę roboczogodziny). W dalszej części uzasadnienia zostanie wykazane, że wykonawca L w wielu innych aspektach zaniżył normy, co spowodowało sztuczne zniżenie ceny oferty.

Jak już wskazano powyżej, w przypadku gdy wykonawca L powołuje się na inne niż rynkowe koszty realizacji zamówienia musi przedstawić dowody na potwierdzenie realności takiej wyceny. W przypadku odstępstw od norm KNR należało przedstawić kalkulacje własne lub „normę zakładową”, co jest powszechną praktyką. W wyjaśnieniach wykonawcy L takich kalkulacji nie ma.

#### Sprzęt (S)

Z wykonanego zgodnie z przedmiarem załączonym do SIWZ kosztorysu wynika normowy nakład jednostek sprzętu w liczbie około 2.500 maszynogodzin. Kosztorys wykonawcy L opiewa tylko na 1.200 maszynogodzin. Liczba ta istotnie odbiega od przyjętych przez projektantów założeń i norm określonych w KNR. Przyjmując nawet średnią cenę maszynogodziny, wynikającą ze str. 7 kosztorysu wykonawcy (cena łączna za sprzęt 52.254,70 zł/1.200 mg = 42,50 zł/mg), otrzymuje się, że kosztorys, który pomija wynikającą z KNR liczbę 1300 maszynogodzin (wymagane 2.500 mg minus uwzględnione przez wykonawcę L 1200 mg), zaniżono kwotowo o  $42,50 \times 1300 \text{ mg} = 55.250 \text{ zł}$ .

Dodatkowo, wykonawca L zaniżył koszty jednostkowe pracy sprzętu. Według cen wynikających z katalogów dla rejonu świętokrzyskiego i podkarpackiego (poziom niski) wartość jednej maszynogodziny to ok. 70 zł (uśredniona cena wykazanego sprzętu). Oznacza to, że cena jednostkowa za 1 maszynogodzinę została zniżona średnio, o 27,50 zł

względem cen rynkowych. Wykonawca L i tym razem nie przedstawił żadnych dowodów czy wyliczeń, które pokazywałyby na realność takiej wyceny, mimo, że w takich przypadkach dowody są obligatoryjne. W efekcie należy przyjąć, że przy zakładanej i zaniżonej przez wykonawcę L liczbie maszynogodzin (1.200) poziom niedoszacowania wyniósł 33.000 zł (1200 x 27,50 zł), a przy prawidłowej zgodnej z KNR liczbie 2500 mg niedoszacowanie wynosi odpowiednio 68.750 zł.

Suma nakładów niezbędnych na zastosowanie odpowiedniej ilości sprzętu zaniżona została więc o kwotę od 88.250 zł do ok. 124.000 zł, uwzględniając prawidłową liczbę maszynogodzin jak i rynkowe stawki.

Powyższy efekt zaniżenia ceny oferty wynika z zaniżenia normowych nakładów jednostkowych dla maszyn (liczby maszynogodzin), co widać na przykładzie następujących pozycji kosztorysu:

1.2.4 – spycharka 100 KM – jest 0,02 mg/m<sup>3</sup>, czyli 50% nakładu normowego (powinno być 0,04 mg/m<sup>3</sup>);

1.2.6 – spycharka jw. – jest 0,01 mg/m<sup>3</sup>, czyli 25% nakładu normowego (powinno być 0,04 mg/m<sup>3</sup>).

Już nawet z porównania tych dwóch pozycji jasno widać, że w odniesieniu do tego samego sprzętu wykonawca L dowolnie żongluje liczbą maszynogodzin i raz przyjmuje liczbę 0,01 a w drugiej pozycji – liczbę 0,02, najwyraźniej dostosowując normy (wspólne przecież dla tej samej koparki) do zakładanego wyniku działań matematycznych. Podobnie jest w pozycjach 1.5.10 i 1.6.11 dla spycharki, o czym poniżej:

1.3.7 – spycharka jw. – jest 0,02 mg/m<sup>3</sup>, czyli 50% nakładu normowego (powinno być 0,04 mg/m<sup>3</sup>);

1.5.10 – spycharka jw. – jest 0,02 mg/m<sup>3</sup>, czyli 50% nakładu normowego (powinno być 0,04 mg/m<sup>3</sup>);

1.6.11 – spycharka jw. – jest 0,01 mg/m<sup>3</sup>, czyli 25% nakładu normowego (powinno być 0,04 mg/m<sup>3</sup>);

– ciągnik gąsienicowy 100 KM – jest 0,01 mg/m<sup>3</sup>, czyli 50% nakładu normowego (powinno być 0,02 mg/m<sup>3</sup>);

walec statyczny – jest 0,01 mg/m<sup>3</sup>, czyli 50% nakładu normowego (powinno być 0,02 mg/m<sup>3</sup>).

Na str. 11 kosztorysu, w zestawieniu sprzętu widoczne są zaniżenia co do kosztów pracy sprzętu za jedną roboczogodzinę, szczególnie:

- a) koparki gąsienicowej 1,2 m<sup>3</sup> – 50 zł/mg (zaniżenie o ok. 50%),
- b) spycharki gąsienicowej 100 KM – 60 zł/mg (zaniżenie o ok. 30%),
- c) ciągnika gąsienicowego 100 KM – 30 zł/mg (zaniżenie o ok. 40%).



Wykonawca L w swoim kosztorysie dołączonym do wyjaśnień ceny powoływał się w powyższych pozycjach na normy (KNR), a więc nie mógł przyjąć niższych nakładów niż wynikające z tych norm. Nawet zaś gdyby przyjął inne założenia kalkulacyjne, to powinien w ramach złożonych wyjaśnień przedstawić takie wyliczenia. Wezwania kierowane do wykonawców nakazywały przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oraz uwzględnienia oszczędności metod wykonywania zamówienia czy też wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia dostępnych temu wykonawcy. Takich informacji z wyjaśnień wykonawcy L nie sposób wyczytać. Powyższe działania wykonawcy L doprowadziły globalnie do zaniżenia ceny oferty o kwotę od 88.250 zł do ok. 124.000 zł.

### 3. Materiały (M)

Na podstawie doświadczenia wykonawczego odwołującego i danych internetowych odwołujący stwierdził, że cena rynkowa korytek ściekowych 15x50x60 cm wraz z ich dostawą na plac budowy, nie może być niższa niż 19-20 zł/szt. Cena zastosowana przez wykonawcę L (poz. 2.2.17 kosztorysu) to 8,0 zł.

Pozycja zaniżona została więc o około  $(19 \text{ zł} - 8 \text{ zł}) \times 497$  (liczba wymagana korytek) czyli 5.500 zł.

Podobnie, cena rynkowa nasion roślin motylkowych jest wielokrotnie wyższa, niż zastosowana przez wykonawcę L w poz. 2.1.15 cena 1.500 zł/Mg (1,5 zł/kg). Cena ta powinna wynosić ok. 25.000 zł/Mg (25 zł/kg).

Niedoszacowanie tego elementu to  $0,375 \text{ Mg} \times (25.000 \text{ zł} - 1.500 \text{ zł}) = 8.800 \text{ zł}$ .

Podobnie jak w przypadku kosztów pracy jak i sprzętu wykonawca L zaniżył również ilości, a więc koszty, materiałów stosując niższy od normatywnego współczynnik do M oraz niewłaściwe obmiary w następujących pozycjach kosztorysu:

1.2.4 – wsp. 1,05, zamiast 1,1. Brakuje  $2.933,4 \text{ m}^3 \times 0,05 = 147 \times 22,0 \text{ zł/m}^3 = 3.200 \text{ zł}$ ;

1.2.6 – wsp. 1,05, zamiast 1,1. Brakuje  $2.289,6 \text{ m}^3 \times 0,05 = 115 \times 22,0 \text{ zł/m}^3 = 2.500 \text{ zł}$ ;

1.3.7 – obmiar 977,8 zamiast 1.743 m<sup>3</sup>. Brakuje  $765 \text{ m}^3 \times 22 \text{ zł/m}^3 = 16.800 \text{ zł}$ ;

1.5.10 – wsp. 0,9, zamiast 1,1. Brakuje  $1.744 \text{ m}^3 \times 0,2 = 349 \times 25,0 \text{ zł/m}^3 = 8.700 \text{ zł}$ ;

1.6.11 – wsp. 0,9, zamiast 1,1. Brakuje  $17.437 \text{ m}^3 \times 0,2 = 3.487 \times 6,50 \text{ zł/m}^3 = 22.700 \text{ zł}$ , przy czym nie uwzględniono tu uwag dotyczących cen tego materiału z akapitu powyżej.

Nieujawnione koszty materiałów razem wynoszą więc, minimum 68.200 zł.

4. Kosztorys wykonawcy L nie zawiera wyceny działu 2.3 przedmiaru – „Dodatkowe czynności po zakończeniu rekultywacji”. Wykonawca FHU D. I. wycenił ten zakres na kwotę 2.289 zł. Wycena odwołującego to wartość 6.717 zł. Przyjmując cenę średnią z powyższych, należy stwierdzić, że cena wykonawcy L zaniżona jest o kolejne 4.500 zł.

Zgodnie z powyższym zestawieniem sumaryczna kwota niedoszacowania oferty to minimum: od 29.530 do 52.916,33 z tytułu robocizny, od 88.250 do 124.000 z tytułu sprzętu + 68.200 za materiały + 4.500 za pozycję „dodatkowe czynności po zakończeniu rekultywacji” = od 190.480 do 249.616,33 zł.

[3] art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L zawierającej błąd w obliczeniu ceny, pomimo ujawnienia się w toku złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, że wykonawca L nie uwzględnił wszystkich wymaganych w SIWZ elementów mających wpływ na wyliczenie ceny

W omawianym przypadku wykonawca L nie wykazał, że jego oferta uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, a analiza wyjaśnień i wyliczeń wykonawcy L potwierdza, że kwota niedoszacowanych kosztów przekracza wartość zysku, który wykonawca L określił na kwotę: 33.165,61 zł (str. 7 kosztorysu). Tym samym wykonawca L nie będzie w stanie sfinansować brakujących kosztów z zakładanego zysku. Wypełniona została zatem przesłanka odrzucenia opisana w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 SPzp.

Trzeba także zauważyć, że brak uwzględnienia istotnych elementów wyceny oferty, które nie mogą zostać poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 SPzp stanowią błąd w obliczeniu ceny, który dyskwalifikuje ofertę i powinien skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp.

[1] Zarzut dotyczący art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 SPzp

Zamawiający 1.04.2021 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy L, pomimo tego, że jak wyżej wykazano oferta wykonawcy L powinna podlegać odrzuceniu. Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 1 SPzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert. Ocenie jednak podlegają tylko oferty, które nie podlegają odrzuceniu. W związku z tym zamawiający powinien wziąć pod uwagę tylko ofertę odwołującego i w oparciu o ustalone kryteria wybrać ją jako najkorzystniejszą.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 6.04.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 7.04.2021 r. (art. 524 NPzp).

10.04.2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „LWK” W. S., ul. Jawór 44A, 28-305 Sobków złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 14.06.2021 r. (art. 521 i art. 522 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

O1) wydruk ze strony internetowej cen przedsiębiorcy oferującego materiały budowlane na wykazanie ceny na jeden z koniecznych do zastosowania materiałów, betonowe korytka ściekowe na cenę 24 zł za sztukę, gdy wykonawca L zastosował cenę 8 zł;

B) przystępującego:

P1) ewidencja środków trwałych i przykładowe 3 pierwsze strony umów leasingowych na wykazanie dysponowania własnym sprzętem na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowanie (formularz 3.5).

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 SPzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L, pomimo tego, że oferta zawiera RNC, a wykonawca L w toku składanych wyjaśnień nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że odwołujący wycenił realny (zdaniem odwołującego) koszt wykonania zamówienia na kwotę ok. 1 500 000 zł. Izba musi wziąć pod uwagę, że kwotę 1 500 000 zł odwołujący wyliczył na podstawie swoich własnych poglądów czy doświadczeń bez stosowania się do jakichkolwiek obligatoryjnych wskazań, bo takich w postępowaniu zamawiający nie ustanowił. Zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnego wzoru czy żadnych wytycznych do sporządzenia kalkulacji ceny i dlatego każdy wykonawca mógł innym sposobem dokonać wyceny przedmiotu zamówienia. Dlatego wyliczenie dokonane przez odwołującego nie może być wzięte pod uwagę jako obowiązujące czy miarodajne dla wszystkich wyliczeń ceny ofertowej dokonywanej przez innych wykonawców.

Należy dodać, że zamawiający przedstawił w SIWZ przedmiar robót, ale jako materiał poglądowy dla wykonawców, a nie schemat obligujący wykonawców do sporządzenia na podstawie tego przedmiaru kosztorysu robót. Zamawiający podkreślił także, że płatność za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie dokonywana ryczałtem, a zamawiający nie wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego.

Różnica ok. 3 500 zł między cenami ofertowymi odwołującego i wykonawcy L nie ma wpływu na stwierdzenie w którejkolwiek z tych ofert zastosowania RNC. Zamawiający zwrócił się do obu tych wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej zgodnie z art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia SPzp, który to przepis brzmi »Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie«. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, które zaakceptował zamawiający, a zwłaszcza wykonawca L przedstawił szczegółowy kosztorys kalkulacji ceny i właściwe dowody, z których to dokumentów wynika, że wykonawca L nie zaniżył kosztów pracy przewidując stawkę za 1 godzinę pracy kwotą 18,5 zł, gdy ustawowo obligatoryjna minimalna stawka wynosi na 2021 r. mniejszą kwotę – 18,3 zł, co nie jest sporne.

Odwołujący wskazał, że wykonawca L nie zawarł w swojej wycenie np. kosztów ubezpieczenia, jednak wykonawca L stwierdził, że koszty te zawarł w kosztach pośrednich, co nie jest nigdzie zabronione.

Wykonawca L wykazał dowodnie (dowód P1), że dysponuje sprzętem własnym do wykonania przedmiotu zamówienia, a więc nie musi wyceniać kosztów użycia sprzętu (S) ściśle na podstawie KNR-ów, a więc wskazania tam występujące nie muszą być podstawą do wyliczenia kosztów użycia sprzętu.

Podobnie koszty materiałów mogą dla wykonawcy L być inne niż wskazywał to odwołujący (np. składając dowód na aktualny koszt korytek ściekowych – dowód O1). Szczególnie, że wykonawca L posiada własny magazyn, w którym może mieć materiały potrzebne do wykonania zamówienia wcześniej nabyte po niższych cenach. Dodatkowo odwołujący nie wykazał, że na rynku nie mogą występować inne ceny niż wskazane w dowodzie O1.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L zawierającej błąd w obliczeniu ceny, pomimo ujawnienia się w toku złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, że wykonawca L nie uwzględnił wszystkich wymaganych w SIWZ elementów mających wpływ na wyliczenie ceny – nie może zostać uwzględniony.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

Odwołujący wskazał, że wykonawca L popełnił błąd w obliczeniu ceny ofercie. Wykonawca L przyjął w kosztorysie inne założenia niż zamawiający określił w przedmiarze i wykonawca L w cenie oferty nie uwzględnił istotnych elementów ceny. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że przedmiar miał charakter poglądowy, a nie obowiązujący. Dlatego przyjęcie innych nakładów niż sugeruje to odwołujący nie świadczy o nieuwzględnieniu jakiegoś zakresu zamówienia. Ponadto ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawca musi wykonać pełny zakres zamówienia bez względu na to gdzie i w jakiej wysokości przewidział w kalkulacji wycenę danych elementów robót. Także zamawiający podstawnie stwierdził na kanwie oferty i wyjaśnień dotyczących RNC, że wykonawca L uwzględnił cały zakres zamówienia.

Także odwołujący nie wziął pod uwagę, że wykonawca L mógł pominąć wycenę pozycji 2.3 kosztorysu, gdyż zgodnie z odpowiedzią z 15.01.2021 r. na pytanie 15 zamawiający stwierdził, że monitoring składowiska nie należy do obowiązków wykonawcy, gdyż monitoring ten nie wchodzi do zakresu zamówienia.

Z tych względów zamawiający słusznie nie odrzucił oferty ze względu na to, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny i dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu trzeciego.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 SPzp – przez bezpodstawne uznanie, że oferta wykonawcy L jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy oferta wykonawcy L podlega odrzuceniu, co miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej – nie może zostać uwzględniony.

Art. 91 ust. 1 SPzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Izba stwierdza, że zamawiający nie mając podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy L miał obowiązek dopuścić tę ofertę do stadium oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta wykonawcy L została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 SPzp.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 90 ust. 1 SPzp w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty z uwagi na RNC jest przedwczesne, a oferta wykonawcy L wymaga wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie okoliczności, których dotyczą zarzuty opisane w treści odwołania – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający nie naruszył wskazanych w zarzutach 1 do 3 przez odwołującego przepisów i właściwie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym nie ma podstaw aby Izba nakazywała zamawiającemu o zwrócenie się do wykonawcy L o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu czwartego.

W ocenie Izby zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 SPzp – przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się dokonaniem przez zamawiającego działań niezgodnych z SIWZ i ustawą SPzp, które spowodowały, że oferta odwołującego, która jest najkorzystniejsza względem kryteriów oceny ofert, nie została wybrana – nie może zostać uwzględniony.

Art. 7 ust. 1 SPzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Izba stwierdza, że odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 SPzp i z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu piątego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

**Przewodniczący:** .....