

Sygn. akt: KIO 804/21

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Celowy Związek Gmin R-XXI z siedzibą w Nowogardzie;**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 804/21 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Celowy Związek Gmin R-XXI z siedzibą w Nowogardzie (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z niezbędną infrastrukturą i rozdzielanie kanalizacji ściekowej na terenie RZGO w Słajsinie”; numer referencyjny: IZ.271.16.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 772383-N-2020.

W dniu 9 marca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy: FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej „FOLEKO” lub „przystępujący”).

W dniu 15 marca 2021 r. wykonawca: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FOLEKO oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty FOLEKO jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca FOLEKO wykazał w sposób dostateczny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez wadliwą ocenę okoliczności i materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska;

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty FOLEKO i w konsekwencji wybór oferty niezgodnie z przepisami, w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykonał ciężącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku i nie wykazał, że jego oferta nie jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO pomimo, jego oferta jest niezgodna z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO pomimo, że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. z rozdziałem 20 pkt 1 SIWZ, z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów oraz jest niezgodna z SIWZ w zakresie pkt. 13, 16 i 21 wyjaśnień treści SIWZ zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021 r., które stanowią integralną część SIWZ, jak również jest niezgodna z poz. 17 przedmiaru robót;
6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. Zm.), (dalej: "uznk") oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO pomimo, że cena zaoferowana za realizację niniejszego zadania w zakresie stawki roboczogodziny za wykonanie usług jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę z uwagi na fakt, że zaoferował

on cenę za wykonanie przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie bez uwzględnienia minimalnej stawki za pracę w ramach zaoferowanej stawki za roboczogodzinę tj. poniżej kosztów jego realizacji, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO pomimo, że jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Z daleko idącej tzw. ostrożności procesowej odwołujący zarzucił ponadto naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy FOLEKO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz błędne przyjęcie, że wykonawca wykazał w sposób dostateczny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FOLEKO;
2. odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 17 marca 2021 r. wykonawca: **FOLEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.” w dniu 23 kwietnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Ponadto odwołujący, na posiedzeniu w dniu 26 kwietnia 2021 r. oświadczył, że podtrzymuje zarzuty opisane w pkt I.1, I.2, I.3, I.7, natomiast w pozostałym zakresie cofa odwołanie. Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący podtrzymał sformułowane w treści odwołania zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty FOLEKO złożonej w postępowaniu, treścią wyjaśnień składanych przez FOLEKO w przedmiocie rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak również stanowiskiem odwołującego i przystępującego zawartym w złożonych przez nich pismach procesowych, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 15 marca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał odrzucenia oferty FOLEKO pomimo, że zaistniały do tego przesłanki opisane w treści przepisów przywoływanych w niniejszym odwołaniu. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i odrzucił ofertę złożoną przez FOLEKO, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, bowiem jego oferta, w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert uplasowała się na drugiej pozycji. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego odwołujący utracił więc możliwość prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcia zysku ekonomicznego z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3 SIWZ jest budowa kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne wraz z niezbędną infrastrukturą i rozdzielanie kanalizacji ściekowej na terenie RZGO w Słajsinie. Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wymagania stawiane wykonawcy oraz warunki realizacji przedmiotu zamówienia w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz projekcie umowy, stanowiących załączniki do SIWZ. W treści SIWZ wskazał również, że przedmiar, stanowiący element dokumentacji projektowej, ma charakter wyłącznie pomocniczy. Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w treści projektu umowy (§3) przewidział, że za wykonanie przedmiotu umowy, wykonawcy przysługiwało będzie wynagrodzenie ryczałtowe (ust. 1). To z kolei, obejmować ma wszelkie koszty i nakłady niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, bez względu na faktyczny zakres działań niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy w szczególności: robociznę, materiały, urządzenia, sprzęt, oznakowanie, wszelkie zabezpieczenia, pomiary, ekspertyzy, dokumentację powykonawczą, zaplecze, wywóz odpadów wraz z właściwą utylizacją, przygotowanie dokumentów odbiorowych, usuwanie 2 ewentualnych wad i usterek w okresie rękojmi i gwarancji (ust. 2). W ust. 3 zamawiający zawarł zapis, że wynagrodzenie ustalone w §1 nie podlega podwyższeniu w okresie realizacji niniejszej umowy, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Dalej Izba ustaliła, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, swoje oferty złożył między innymi odwołujący (za cenę 16.774.884,13 zł. brutto) i FOLEKO (oferując cenę za realizację zamówienia: 14.659.140,00 zł. brutto).

Ponadto skład orzekający ustalił, że zarówno odwołujący, jak przystępujący zostali wezwani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. FOLEKO, wezwany przez zamawiającego pismem z 3 lutego 2021 r. złożył, w dniu 12 lutego 2021 r. wyjaśnienia zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Załącznikiem do przedmiotowych wyjaśnień był między innymi kosztorys ofertowy (szczełgółowy), który jak sprecyzował w swoim piśmie przystępujący zawiera szczełgółowy sposób obliczenia ceny oferty. Zamawiający udostępnił odwołującemu przedmiotowy

załącznik. Ponadto zamawiający wezwał FOLEKO, pismem z 17 lutego 2021 r. do uszczegółowienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie, w jakim przystępujący uwzględnił w cenie ofertowej wbudowanie wydobytego z wykopów materiału na warstwy uszczelniającą i drenażowo-ochronną. FOLEKO, pismem z 19 lutego 2021 r. udzieliło wyjaśnień, załączając do nich opinię przygotowaną przez GEOMETR Usługi Geologiczne i Geodezyjne w sprawie występowania na terenie inwestycji pisku i gruntów o parametrach spełniających wymagania projektowe.

Izba ustaliła, że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FOLEKO, o czym poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie w dniu 9 marca 2021 r.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty FOLEKO jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie dochował staranności wymaganej od wykonawców w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień w całym zakreślonym przez zamawiającego zakresie, a wyjaśnienia w zakresie, w którym zostały przedstawione potwierdzają że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia - Izba uznała, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący uzasadniając powyższe wskazywał, że stosownie do dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek, na wezwanie zamawiającego, udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody, dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177). Z powyższego, w jego ocenie wynika, ciężący na każdym

wykonawcy obowiązek udowodnienia, że kalkulując cenę oferty zastosował stawkę roboczogodziny wyższą niż minimalna krajowa. Z kolei przystępujący, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przedłożył kosztorys ofertowy (szczegółowy), będący podstawą wyliczenia wartości robót budowlanych w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący zauważył, że na podstawie załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorysu firmy FOLEKO nie ma możliwości weryfikacji zastosowanej stawki roboczogodziny. Kosztorys ten stanowi wybiórcze zestawienie niektórych składników z kosztorysu szczegółowego. Kosztorys szczegółowy powinien tymczasem zawierać m.in. nakłady pracy sprzętu, robocizny oraz materiałów. Firma FOLEKO wskazała tylko koszty jednostkowe dla poszczególnych pozycji z podziałem na robocizną, materiał i pracę sprzętu. Na podstawie kosztorysu załączonego przez firmę FOLEKO nie można zbadać i sprawdzić czy zastosowana stawka roboczogodziny jest wyższa lub niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, stąd też zamawiający winien wyjaśnienia te uznać za niewystarczające i niekompletne.

Izba, odnosząc się do powyższych twierdzeń, w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że zgodnie z treścią cytowanego przez odwołującego przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli zaoferowana 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. W takim przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177). Przy czym, co istotne, przepisy nie określają ani treści samego wezwania wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jakie powinny być zakres oraz treść udzielonych wyjaśnień oraz stopień ich szczegółowości.

Nie ulega jednak wątpliwości, że przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. Od tego zatem w jaki sposób zamawiający sformułuje swoje wezwanie, na ile sprecyzuje jakie elementy winien zawrzeć wykonawca w treści pisma, na tyle oczekiwać może określonego sposobu prezentacji przekazanych informacji czy stopnia szczegółowości wyliczeń. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi

jedynie, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Oczywiście treść normy art. 90 ust. 2 ustawy nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i reale jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.

Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez zamawiającego wynika, jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Co wymaga również zauważenia w okolicznościach niniejszej sprawy, w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przekładając powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na budowie kwatery składowiska odpadów inne niż niebezpieczne. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przyjął, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy a co za tym idzie to wykonawca ponosi ryzyko wyceny wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Charakterystyczne dla tej formy wynagrodzenia jest to, że zamawiający nie wymaga załączenia do oferty szczegółowych kalkulacji w postaci kosztorysów, gdyż sam sposób kalkulacji ceny ofertowej nie ma wpływu na rozliczenia dokonywane pomiędzy wykonawcą, który uzyskał zamówienie a zamawiającym. Przypomnieć należy bowiem, że wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało

ustalone również w tym postępowaniu, polega na wyliczeniu wysokości wynagrodzenia w kwocie stałej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe jest zatem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97). Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą zatem liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę.

Okoliczność, że w postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia nie zwalnia wprawdzie zamawiającego z obowiązku badania, czy zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a w konsekwencji również wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i badania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Także bowiem w przypadku przyjętej ryczałtowej formy wynagrodzenia można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie co najmniej założeniami, jeśli nie szczegółowymi kalkulacjami oferowanej ceny, przed złożeniem oferty w postępowaniu, to jednak nie sposób zgodzić się z odwołującym, że treść złożonych wyjaśnień (jeśli przyjmą one postać kosztorysu) musi umożliwiać czy to zamawiającemu (czy też innym uczestnikom postępowania) weryfikację wszystkich elementów składających się na realizację zamówienia (w tym w szczególności, że to z treści kosztorysu wynikać musi, że przyjęta do kalkulacji stawka roboczogodziny jest nie niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę). Ponownie, co należy podkreślić, ustawodawca nie sprecyzował jaka musi być treść wyjaśnień, składanych w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Powyższe wynika z tego, że w zależności od okoliczności, przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, inne będą czynniki, które mają wpływ na możliwość obniżenia ceny przez danego wykonawcę, w danym postępowaniu a to te czynniki wymienia w treści złożonych wyjaśnień wykonawca i przedstawia w jaki sposób wpływają one na sposób obliczenia ceny oferty.

W niniejszej sprawie zamawiający dwukrotnie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny. W pierwszym piśmie zamawiający określił, że oczekuje od FOLEKO przedstawienia informacji w zakresie okoliczności określonych z art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Nie sprecyzował ani formuły, w jakiej wyjaśnienia te mają zostać złożone, ani też jaką formę przybrać. Odpowiadając na wezwanie przystępujący, w ocenie Izby, przede wszystkim wskazał jakie okoliczności

miały wpływ na sposób kalkulacji ceny jego oferty (wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W treści wyjaśnień zaprezentował również wybrane elementy cenotwórcze stosowane w ofercie, w tym przyjętą stawkę roboczogodziny. Do wyjaśnień załączył ponadto kosztorys ofertowy (szczegółowy) z którego treści wynikało, jakie elementy składają się na kalkulację ceny. Załączył też do pisma szereg ofert, mających stanowić dowód na okoliczność, że przyjęte w kosztorysie ceny za materiały i niektóre grupy robót - są oparte na oferowanych przez dostawców i podwykonawców cenach. Zarzut odwołującego, dotyczący niekompletności i braku rzetelności wyjaśnień z tego powodu, że z treści kosztorysu nie wynika stawka robocizny przyjęta w kalkulacji - w świetle przepisów cytowanych w odwołaniu, należy uznać za bezzasadny.

Niezależnie od powyższego, w swoim piśmie procesowym złożonym w dniu 26 kwietnia 2021 r. FOLEKO, odnosząc się do zarzutu, że kalkulując cenę ofertową w ramach kosztów pracy nie uwzględnił wymagań co do minimalnego wynagrodzenia za pracę, złożył w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia, popierając je stosownymi dowodami. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że przedmiotowe należało uznać za spóźnione, gdyż nie zostały one złożone w postępowaniu. Należy bowiem dostrzec, że kwestie związane z wymaganiem zamawiającego, odnoszącym się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących roboty budowlane i instalacyjne (pkt 20 SIWZ) nie były w ogóle przedmiotem wezwań zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ustalenia czy cena oferty jest rażąco niska. Stanowiły one dopiero przedmiot zarzutów odwołującego, stąd odniesienie się do nich na etapie postępowania odwoławczego, należało uznać za dopuszczalne i w pełni uzasadnione. Przystępujący w ramach wyjaśnień składanych w postępowaniu odwoławczym przedłożył informacje dotyczące kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej w formie zanonimizowanej tabeli zawierającej listę osób zatrudnionych przez przystępującego, które wykonują roboty budowlane i instalacyjne, wraz z tabelą zawierającą godzinowy koszty pracy jednego pracownika oraz 17 zanonimizowanymi umowami o pracę. Z przedłożonych dowodów wynika, że godzinowy koszt pracy pracownika ogólnobudowlanego, zatrudnianego przez przystępującego, wynosi średnio 27,19 zł. Jak wynika z kolei z kosztorysu, stanowiącego załącznik do wyjaśnień przystępującego z 12 lutego 2021 r. dotyczących rażąco niskiej ceny, całkowita wartość robocizny wynosi 1 053 811,00 zł. Ponieważ przystępujący, na podstawie własnych analiz kosztowych stosuje 60 % narzuty kosztów pośrednich (wysokość nie odbiegająca od stosowanej na rynku), koszt robocizny wynosi zatem 658 632,00 zł. Zakładając sześciomiesięczny okres realizacji budowy, daje to z kolei średniomiesięcznie kwotę w wysokości 109 772,00 zł. Dzieląc ją przez nominalny miesięczny czas pracy jednego pracownika (168 godzin) uzyskuje się możliwą do zaangażowania liczbę pracowników

na poziomie 24,03. Powyższe wyjaśnienia oraz załączone dowody, w ocenie Izby, pozwalają na ocenę, że przyjęte w ofercie przystępującego koszty pracy są zgodne z prawem, realne i wynikają z wiarygodnych danych liczbowych oraz przeprowadzonych na ich podstawie wyliczeń. Ponadto, należy zauważyć, że zamawiający w SIWZ nie wskazał jaką liczbę pracowników wykonawcy są zobowiązani zatrudniać przy realizacji zadania i nie wprowadził w tym zakresie żadnych wytycznych. Należy też podkreślić, że odwołujący na rozprawie również nie kwestionował, że przyjęta przez FOLEKO liczba pracowników jest niewystarczająca.

Odwołujący kwestionował również inny element wyjaśnień rażąco niskiej ceny firmy FOLEKO. Wskazał, że poważne wątpliwości budzi przyjęcie, że warstwy konstrukcyjne tj. warstwa uszczelniająca z gliny o gr. 0,5 m oraz warstwa ochronna z piasku filtracyjnego o gr. 0,5 m zostaną wykonane z materiałów, które firma FOLEKO pozyska z wykopów pod kwaterę. Zwrócił uwagę, że potencjalni wykonawcy nie mają pewności co do rodzaju gruntu znajdującego się w miejscu planowanych wykopów. Z kolei załączona na stronie zamawiającego Dokumentacja Hydrogeologiczna dla określenia warunków hydrogeologicznych dla budowy nowej kwatery składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Słajsinie gmina Nowogard z listopada 2018 r. wskazuje, że grunty zalegające w miejscu planowanych wykopów posiadają współczynniki filtracji zbliżone do tych określonych w dokumentacji projektowej. Jednak tylko przeprowadzenie badań laboratoryjnych da pewność, że poszczególne grunty z wykopu spełniają lub nie wymagania określone w dokumentacji projektowej. Zdaniem odwołującego, założenia przystępującego dotyczące tego, że w całości uzyska materiał o współczynniku przepuszczalności wymaganym w dokumentacji, jest nieprawdopodobne i nieoparte żadnymi dowodami. Stąd też wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy kalkulacji, że materiał z wykopu jednak nie będzie spełniał wymagań projektowych i przedstawi koncepcję w której przedstawi projekt, w którym dokładnie wskaże skąd pozyska odpowiedni materiał. Taki projekt powinien zostać również poparty odpowiednimi obliczeniami, dowodzącymi że firma mimo wszystko uzyska zysk na przedmiotowym zadaniu.

Jak ustalił skład orzekający, odnośnie tego elementu wyjaśnień, zamawiający skierował do przystępującego 17 lutego 2021 r. wezwanie wskazując ten właśnie czynnik cenotwórczy, jako budzący jego wątpliwości. Do tych kwestii przystępujący, zgodnie z wezwaniem, odniósł się w sposób szczegółowy w piśmie z 19 lutego 2021 r.

Oceniając przedmiotowe wyjaśnienia należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom odwołującego FOLEKO udzieliło odpowiedzi na postawione przez zamawiającego pytania, wyjaśniając na jakiej podstawie przyjął określone w swojej kalkulacji założenia, w jaki

sposób wyliczenia sporządził, co więcej przedstawił też alternatywne rozwiązania na wypadek, gdyby przyjęte przez niego założenia okazały się błędne.

Jak ustalił skład orzekający na podstawie dokumentacji projektowej, przygotowanej przez zamawiającego, ilość robót ziemnych, które konieczne są do wykonania jest następująca: ilość materiału do wykopania w miejscu lokalizacji kwatery celem osiągnięcia rzędnych projektowanych - 274 363 m³, (warstwa uszczelniająca) wykonanie przesłony mineralnej z gliny - około 33 364 m³, - (warstwa drenażowa) wykonanie warstwy filtracyjnej - około 33 364 m³. Powyższe ilości zostały potwierdzone w kosztorysie, który przystępujący dołączył do wyjaśnień z 12 lutego 2021 r., złożonych na wezwanie zamawiającego. Ponadto, dokumentacja techniczna (projekt budowlany i wykonawczy i STWiOR), załączona do SIWZ określa, że sztuczna przesłona mineralna (warstwa uszczelniająca) ma cechować się następującymi parametrami: grubość 0,50 m i współczynnik filtracji $k \leq 1 \times 10^{-9}$ m/s, natomiast warstwa filtracyjna (warstwa drenażowa) następującymi parametrami: grubość 0,50 m i współczynnik filtracji $k \geq 1 \times 10^{-4}$ m/s. Z kolei z treści dokumentacji hydrogeologicznej (udostępnionej przez zamawiającego w dniu 31 grudnia 2020 r.) wynika, że w miejscu wykonywania wykopu pod kwaterę występują gliny o współczynniku filtracji zbliżonym do wymagań określonych w ww. dokumentacji projektowej: $k = (4,03 \div 7,0) \times 10^{-9}$ m/s. FOLEKO, które posiada wieloletnie doświadczenie i wiedzę, zdobyte przy budowie składowiska odpadów usytuowanych na terenach o podobnych uwarunkowaniach geologicznych, przyjął zatem założenie, że jest niemal pewne występowanie także gliny o współczynniku filtracji $k \leq 1 \times 10^{-9}$ m/s i lepszym. Ponadto, opierając się na treści ww. dokumentacji hydrologicznej, że w miejscu wykonywania wykopu pod kwaterę występują piaski o parametrach $k = (2,88 \div 3,64) \times 10^{-4}$ m/s, to jest odpowiadające wymaganej wielkości oraz piaski o wodoprzepuszczalności bardzo zbliżonej.

Przystępujący zauważył również, co potwierdza treść udostępnionego przez zamawiającego dokumentu STWiOR stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ - Rozdział I Kwatera składowiska odpadów ST 00.00, strona 19, pkt 2.3 „Materiały miejscowe”, że sam zamawiający przewidział możliwość zastosowania materiału z wykopów (tzw. grunty rodzime). FOLEKO z takiej możliwości skorzystało, w celu optymalizacji kosztów budowy oraz ograniczania ilości odpadów, jakimi jest niewykorzystana ziemia z wykopów. Sposób taki należy zatem uznać za dopuszczalny, i dostępny dla każdego wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie.

Nie sposób zgodzić się także z odwołującym, że założenia przyjęte przez przystępującego opierają się wyłącznie na przypuszczeniach i wyliczeniach nie popartych żadnymi dokumentami. Przystępujący załączył bowiem do wyjaśnień z 19 lutego 2021 r. opinię firmy geotechnicznej (Usługi Geologiczne i Geodezyjne „Geometr”), która

potwierdziła dokonane przez niego wyliczenia co do możliwości występowania gliny i piasku o odpowiednich właściwościach. W opinii tej potwierdzono, że na terenie przyszłej budowy występują grunty na pograniczu wymaganego współczynnika filtracji. Stąd należy uznać, że założenia FOLEKO, co do możliwości wbudowania wydobytego z wykopów materiału na warstwę uszczelniającą i drenażowo-ochronną, zostały poprzedzone analizą w tym zakresie. Bez znaczenia jest podnoszona przez odwołującego okoliczność, że opinia opatrzona jest datą 19 lutego 2021 r., a więc po terminie składania ofert. Jak wyjaśnił przystępujący swoje założenia opierał przede wszystkim na swoim doświadczeniu, potwierdzając je szczegółową analizą, sporządzoną przez podmiot trzeci. To, że analiza w formie pisemnej została przygotowana w terminie późniejszym, nie wyklucza wcześniejszych konsultacji z firmą, która ją sporządziła, już na etapie składania ofert.

Ponadto odwołujący, zarzucając przystępującemu, że opinia sporządzona przez firmę Geometr zawiera wyłącznie przypuszczenia i domniemania, nie przedstawiła jednocześnie żadnych dowodów na okoliczność, że przyjęte założenia są niezgodne z rzeczywistością. W ramach postępowania dowodowego odwołujący, który kwestionuje taki sposób realizacji zamówienia mógł przedstawić chociażby opinię innego specjalisty, która to podważyłaby możliwość zastosowania takiego rozwiązania w przypadku tego konkretnego zamówienia.

Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę, że podejmując polemikę z odwołującym, celem wykazania zasadności i rzetelności twierdzeń co do możliwości wykorzystania materiałów z wykopu, przystępujący do pisma procesowego złożonego 26 kwietnia 2021 r. załączył kolejną opinię dotyczącą możliwości wykorzystania gruntów rodzimych przy budowie składowiska odpadów w Ślajsinie gmina Nowogard z kwietnia 2021 r. Przedmiotowa opinia została przygotowana przez dr. hab. R. T. z Instytutu Nauk Geologicznych Uniwersytetu Wrocławskiego. W jej treści, w kontekście warstwy uszczelniającej, osoba ją sporządzająca potwierdziła, że grunty rodzime, występujące w miejscu budowy kwatery zaliczają się do kategorii glin zwałowych, charakteryzujących się dużą zmiennością litologiczną. Wskazano w niej, że w tego typu złożach około 10-15 % objętości stanowią gliny o wymaganych właściwościach filtracyjnych, nadające się do bezpośredniego wbudowania. Oprócz gliny o takich parametrach, występuje też glina o parametrach zbliżonych, które można doprowadzić do odpowiedniego poziomu poprzez odpowiednie specjalistyczne zabiegi. W odniesieniu do gruntów piaszczystych, w kontekście warstwy drenażowej, ekspert potwierdził występowanie zarówno piasku o właściwościach umożliwiających jego bezpośrednie wbudowanie, jak i piasku którego wbudowanie powinno być poprzedzone dodatkiem innego piasku o zawartości żwiru tj. tzw. doziarnienie.

Dodatkowo, analiza złożonych przez przystępującego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z 19 lutego 2021 r. wskazuje, że FOLEKO przewidziało alternatywne rozwiązania na wypadek, gdyby ilość gliny i piasku o wymaganych parametrach okazała się w rzeczywistości mniejsza od szacowanej. Przystępujący przewidział możliwość wykonania zabiegów poprawiających ich właściwości. Z treści pisma wynika, że taki zabieg polegać może na: (i) dogęszczeniu przesłony mineralnej poprzez użycie walców (stan zagęszczenia materiału to jeden z decydujących parametrów mających wpływ na współczynnik filtracji). Występujący stan zagęszczenia naturalnego może być niższy niż stan zagęszczenia gruntu w wykonanej przesłonie, przez co wyniki współczynnika filtracji badane w gruncie naturalnym (zamieszczone w dokumentacji projektowej) również mogą być niższe niż te, które zostaną osiągnięte podczas wykonywania przesłony; (ii) zastosowaniu odpowiedniej ilości dodatków uszczelniających (np. bentonitu) dla gliny lub doziarnienie piasku poprzez domieszanie w odpowiedniej proporcji piasku gruboziarnistego. Ponadto wskazał, że dodatkowe koszty z tym związane, które będzie musiał ponieść z tego tytułu, zostały uwzględnione w kosztorysie przekazanym zamawiającemu - dział 2.1, 2.4, 4.1, 4.5 pozycje: „Przygotowanie materiału do wbudowania zgodnie z wymaganiami projektowymi”.

Polemizując z możliwością zastosowania takich rozwiązań odwołujący przedłożył na posiedzeniu pismo procesowe, w którym zwracał uwagę, że poprawa właściwości izolacyjnych materiału, poprzez zastosowanie bentonitu jest zabiegiem kosztownym i wymagającym. Na potwierdzenie przedstawił swoje wyliczenia, w oparciu o koszty zakupu materiałów z 2020 r. oraz opracowań naukowych. Izba, oceniając ten dowód wzięła przede wszystkim pod uwagę dwie okoliczności. Po pierwsze ceny zakupu materiałów oparto na dwóch ofertach, załączonych do przedmiotowego pisma, kierowanych do odwołującego. Stąd przedstawiona kalkulacja (koszty zakupu bentonitu) również opiera się na cenach, które oferowane są odwołującemu. Przystępujący, niezależnie od okoliczności, że jest to tylko jedno z alternatywnych rozwiązań przez niego oferowanych, może korzystać z innych dostawców materiałów a co za tym idzie dostępne dla niego mogą być ceny na niższym poziomie. Po drugie, co zauważył przystępujący, przedmiotowe wyliczenia dotyczą sytuacji, w której dodatek w postaci bentonitu zastosowano dla osadów dennych Zbiornika Rzeszowskiego. Grunty te scharakteryzowano jako pylaste, kilkufrakcyjne, w stanie płynnym. Dodatkowo zawartość części organicznych w badanych osadach przekraczała 2% (Załącznik nr 3 do pisma procesowego odwołującego - Sprawozdanie z uczelnianego konkursu na projekty finansowane z dotacji celowej na prowadzenie badań naukowych lub prac rozwojowych oraz zadań z nimi związanych, służących rozwojowi młodych naukowców oraz uczestników studiów doktoranckich finansowanych w wydziałowym trybie konkursowym - Określenie wpływu dodatku bentonitu na polepszenie

właściwości geotechnicznych osadów dennych Zbiornika Rzeszowskiego). Z powyższych powodów grunty te nie mogą być wykorzystywane do budowy kwatery składowania odpadów, czemu też odwołujący nie przeczył. Stąd powyższy materiał i przedstawione wyliczenia nie stanowią dowodu, że wskazane przez przystępującego w ofercie koszty są zaniżone i nie pozwalają na wykonanie zamówienia w tym zakresie za zaoferowaną cenę.

Inny wariant, który przedstawiło FOLEKO w swoich wyjaśnieniach, złożonych w piśmie z 19 lutego 2021 r. zakłada, że w przypadku, gdyby, co niezwykle mało prawdopodobne, rzeczywista ilość pozyskanego materiału była niewystarczająca, a ponadto z jakiegokolwiek przyczyny poprawa właściwości materiału byłaby niemożliwa, przystępujący posiada dodatkowy plan rezerwy, to jest zakup materiału w kopalniach kruszyw. Taka konieczność, jak wyjaśnił, nie wyklucza możliwości realizacji zamówienia, lecz jedynie zmniejsza jego rentowność. W kosztorysie przedłożonym zamawiającemu przewidziano koszty zakupu gliny i piasku (jako suma wydatków na przygotowanie wydobytego materiału do wbudowania i zysk - odpowiednio poz. 2.1.,2.4.,4.1.,4.5., poz. 26). Ceny jednostkowe, jakie przewidział przystępujący w wysokości 10zł/t gliny oraz 8zł/t piasku, są jego zdaniem w realiach rynkowych prawdopodobne (sam odwołujący w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach przewidział, że jest możliwe na lokalnym rynku pozyskanie materiału za ceny niższe niż przewiduje przystępujący, to jest odpowiednio: glina za 4,00zł/t, piasek za 7,00zł/t).

Z kolei odwołujący zarzucał, że koszty przyjęte przez FOLEKO na zakup materiałów na warstwy konstrukcyjne kwatery zostały niedoszacowane. Zauważyć należy jednak, że wyliczając wartość materiału, który przystępujący będzie musiał zakupić oparł się na założeniu, że wykonawca będzie musiał zakupić cały niezbędny do wykonania materiał. Z treści wyjaśnień przystępującego nie wynika powyższe, tymczasem jak wyjaśniło FOLEKO w swoim piśmie procesowym, polemizując z wyliczeniami odwołującego, nie będzie konieczny zakup całego materiału, a jedynie część. Po wtóre, od kosztów przeznaczonych na ewentualny zakup materiałów zostaną odjęte koszty zawarte w pozycjach 2.2. kosztorysu, to jest koszt przygotowania materiału do wbudowania, gdyż dostarczony materiał nie będzie wymagał tzw. doszlachetnienia, a zatem element robót ujęty w tej pozycji nie będzie konieczny do przeprowadzenia, a środki przeznaczone na jego wykonanie zostaną przetransferowane na zakup materiałów.

Tym samym Izba uznała, że złożone przez FOLEKO wyjaśnienia należy uznać za kompletne, wyczerpujące i spójne z wyjaśnieniami składanymi w toku postępowania odwoławczego. Wykonawca ten, w sposób dostateczny, odpowiadając na określone wezwania zamawiającego wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Fakt, że przygotowując swoją ofertę, opierając się na swoim długoletnim doświadczeniu oraz opinii przygotowanej przez podmiot zewnętrzny (firmę Geometr) założył, że możliwe będzie wykorzystanie materiałów z wykopu, mieści w ramach przyjętego przez FOLEKO ryzyka gospodarczego. Co kluczowe, rozwiązanie takie dopuścił sam zamawiający opisując taką możliwość w STWiOR. Niezależnie od powyższego przystępujący, odpowiadając na wątpliwości zamawiającego, opisał też inne warianty rozwiązań w przypadku, gdy nie będzie możliwe wykorzystanie gruntów przeznaczonych na warstwy konstrukcyjne kwatery i, co wskazał, koszty te skalkulował w kosztorysie. Tym samym zarzuty odwołującego należy uznać za niepotwierdzone.

Za niepotwierdzony Izba uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FOLEKO pomimo, że jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny

Odwołujący, uzasadniając powyższy zarzut zwracał uwagę, że potwierdzeniem, iż doszło do błędu w obliczeniu ceny świadczy fakt, że w kosztorysie przedłożonym przez FOLEKO nie uwzględniono wyceny pochodni, piezometrów oraz nie uwzględniono zmiany ilości ogrodzenia. Błędem bowiem w obliczeniu ceny jest nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy całości zakresu zamówienia, czy też pominięcie kosztów materiałów pomocniczych w sytuacji, gdy zakres lub wymagania te wynikają wprost z dokumentacji przetargowej, nawet w sytuacji, gdy ustalone w postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Błędem bowiem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest zdaniem odwołującego, błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny.

Zarzut ten, w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie głównie z tego powodu, że sporządzony przez FOLEKO kosztorys, załączony do wyjaśnień, nie musiał spełniać żadnych, konkretnych wymagań co do jego formy czy stopnia szczegółowości. Ten zatem określał jedynie, w sposób poglądowy, składowe ceny ofertowej oraz wskazywał sposób wyliczenia przedmiotowej ceny na potrzeby wykazania, że cena ta nie jest ceną rażąco niską. Brak pewnych elementów, wyszczególnionych wprost w tym kosztorysie nie może być przesądzający o tym, że określony w dokumentacji zakres, nie zostanie przez przystępującego wykonany. W szczególności, wyłącznie na podstawie kosztorysu, nie można wywieść wniosku, że zakres świadczenia przystępującego zawarty w ofercie nie jest tożsamy z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Co za tym idzie przedmiotowe wyjaśnienia nie mogą także świadczyć o błędzie w obliczeniu ceny lub kosztu.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :