

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2021 r. przez wykonawcę KRISBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie

przy udziale wykonawcy Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz ponowną ocenę i badanie ofert;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża w ½ Odwołującego i ½ Zamawiającego:
  - 3.1. 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.
  - 3.2. zasądza od Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie na rzecz Odwołującego kwotę 8200 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwieście sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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

Zamawiający – Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 z ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w ramach zadania pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2020r. pod numerem 2020/S 555417.

W dniu 24 czerwca 2021r. Odwołujący – KRISBUD sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy FLORA sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie (dalej: „FLORA” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. Odwołującemu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FLORA pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej, przez przyjęcie do ustalenia ceny oferty, kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów i brak wykazania, że przyjęta do kalkulacji ceny oferty przez niego cena za roboczogodzinę jest realna i rynkowa oraz zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a szereg elementów przedmiarowych zostało oszacowanych poniżej wartości rynkowej;
- 3) naruszenie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FLORA mimo, że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: "SIWZ"), gdyż nie obejmuje wszystkich wymaganych elementów zamówienia tj. „Zabawek Pana Twardowskiego” z grafiką w formie komiksu, w formie teatru cieni i w formie ręcznie przesuwanych figurek, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na pytanie nr 26 do SIWZ z dnia 31 grudnia 2021r., a ponadto wielkości licznych elementów kosztorysowych są zaniżone w stosunku do ilości przedmiarowych i dopuszczonych przez Zamawiającego 10% odchyleń.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez FLORA,

## Sygn. akt KIO 1875/21

- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez FLORA ze względu na niezgodność z treścią SIWZ,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez FLORA ze względu, iż zawiera cenę rażąco niską,
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z protokołem postępowania szacunkowa wartość zamówienia w zakresie podstawowym wynosi 12.910.952,62 zł, a w zakresie opcjonalnym 6.948.688,41 zł. Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje między innymi:

- roboty budowlane w zakresie rozbiórek,
- roboty budowlane w zakresie budowy budynków, budowli i obiektów małej architektury, - budowę instalacji oświetlenia parku,
- montaż urządzeń zabawowych oraz urządzeń siłowych,
- budowę i przebudowę schodów terenowych,
- budowę i przebudowę ścieżek parkowych,
- budowę i przebudowę ogrodzenia parku,
- modernizację chodnika oraz parkingu,
- budowę elementów infrastruktury wewnętrznej i zewnętrznej,
- prace konserwatorskie istniejącego pomnika oraz dostawę i montaż nowych rzeźb, - pielęgnację istniejącego drzewostanu,
- nasadzenia zieleni wysokiej i niskiej oraz budowę elementów ochrony fauny, zgodnie z treścią niniejszej SIWZ i jej załącznikami.

Odwołujący wskazał także, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. W pkt. 12.1 SIWZ Zamawiający sprecyzował, że wykonawca musi przedstawić cenę ryczałtową oferty dla całości zamówienia wyliczoną w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić ją w formularzu oferty odpowiednio do jego treści jako cenę za całość zamówienia jak i z wyszczególnieniem wartości zamówienia na roboty budowlane i nasadzenia zieleni z podziałem na zakres podstawowy oraz zakresy objęte prawem opcji odpowiednio dla robót budowlanych i nasadzeń zieleni. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej, w tym także koszty gwarancyjne, podatki oraz rabaty, upusty itp., których Wykonawca zamierza udzielić. Przed podpisaniem umowy Zamawiający wymagał przedłożenia kosztorysu szczegółowego wraz ze stawkami narzutów lub uproszczonego z zestawieniem kosztów materiału, robocizny i sprzętu. W pkt. 1.27 SIWZ Zamawiający wskazał, że „... przy oferowaniu rozwiązań i elementów oraz urządzeń innych niż opisane w SIWZ (...) dopuszcza tolerancję +/- 10% w

## Sygn. akt KIO 1875/21

stosunku do podanych wymagań (rozmiarów, wymiarów lub obliczeń wobec wszystkich elementów wyrobów, założeń lub funkcji) traktowanych w zależności od danego parametru podanego w SIWZ jako wymaganie minimalne albo maksymalne, przy czym zmienione parametry (rozmiary, wymiary lub obliczenia) proponowane jako rozwiązania równoważne muszą mieścić się w powyższych zakresach (minimalnych albo maksymalnych) określonych w SIWZ, a ponadto zachowywać proporcję zgodną ze wzorem, w stosunku do wszystkich rozmiarów, wymiarów lub obliczeń danego wyrobu, założeń lub funkcji.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi z dnia 31 grudnia 2020r na pytanie 26 do SIWZ Zamawiający wskazał: „w ofercie należy uwzględnić elementy katalogowe małej architektury dla Etapu III zgodnie z Zestawieniem elementów katalogowych dla Etapu III: ławki drewniane z oparciem - 9 szt.; kosz na śmieci - 11 szt.; tablica informacyjna-2 szt.; leżaki - 10 szt.; stolik piknikowy - 3 szt. Ławki łukowe 2+3 szt. Elementy katalogowe dla innych etapów zostały ujęte w przedmiarach’. Ponadto w treści odpowiedzi Zamawiający wskazał, że: „w wycenie należało uwzględnić elementy „Zabawki Pana Twardowskiego”:

A) Zabawka z grafiką w formie komiksu wg rys. nr III/B/3.8.1 i III/B/3.8.2;

B) Zabawka w formie teatru cieni wg rys. III/B/3.8.7

C) Zabawka w formie ręcznie przesuwanych figurek wg rys. III/B/3.8.6,

D) Postać Pana Twardowskiego rys. III/B/3.8.3,

E) Postać Pani Twardowskiej rys. III/B/3.8.4.

F) Postać Diabła rys. III/B/3.8.5.

Należy też ująć dostawę i montaż trampolin ziemnych — 1 komplet, który składa się z dwóch sztuk. Zgodnie z Zestawieniem Elementów Katalogowych, Plac Zabaw Duży 2 trampoliny.

Zamawiający przypomina, iż przedłożony zestaw przedmiarów stanowi jedynie charakter orientacyjny i pomocniczy, a podstawą do sporządzenia oferty oraz określenia zakresu i wyliczenia ryczałtowej ceny, a następnie rozliczeń umowy jest dokumentacja projektowa oraz STWiORB”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił również wymóg w pkt 1.28 SIWZ aby wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie prac budowlanych, w tym w szczególności wykonujące prace przygotowawcze, ziemne, fundamentowe, murarskie, instalacyjne, demontażowe, montażowe, związane z zagospodarowaniem terenu, wykonaniem nawierzchni, oświetlenia oraz obsługujące maszyny i urządzenia, a także wykonujące czynności porządkowe, nasadzenia i pielęgnację zieleni oraz czynności w zakresie usług gwarancyjnych, będą zatrudnione w ramach stosunku pracy jako jego pracownicy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. — Kodeks pracy”.

Kolejno Odwołujący wskazał, że w dniu 19 kwietnia 2021r. Zamawiający wezwał FLORA do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia ceny rażąco niskiej, w tym złożenia

dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, iż wnosi m.in. o przedstawienie stosownych wyliczeń i obiektywnych czynników jakie miały wpływ na kalkulację i cenę oferty oraz szczegółowych wyliczeń — kosztorysów z podaniem kosztów materiałów i urządzeń, kosztów pracy tj. zatrudnienia personelu, jego liczby przewidzianej do realizacji zamówienia jak i jego wynagrodzeń, dla wszystkich osób jakich wykonawca oddeleguje dla realizacji przedmiotowego zamówienia, z podziałem odpowiednio dla podstawowego zakresu zamówienia oraz zakresów objętych prawem opcji i wyjaśnienie realności zaoferowanej w aukcji ceny, która została obniżona aż o 30,88% tj. 7.104.500,00 zł w stosunku do ceny pierwotnie zaoferowanej.

Odwołujący zauważył, że w dniu 29 kwietnia 2021r. FLORA złożyła wyjaśnienia ceny, powołując jedynie ogólnikowe argumenty, jednocześnie zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do załączników do swojego pisma na które składały się:

- wyjaśnienia ceny - indywidualne możliwości Wykonawcy cd
- oferty dotyczące małej architektury - kosztorysy
- umowy o pracę wraz z oświadczeniami.

W jawnej części wyjaśnień zapewnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji zamówienia i obejmuje ogół kosztów, powołał się na 20-letnią działalność na rynku, niewielką odległość bazy głównej od Parku Bednarskiego, jak również obecne prowadzenie prac w tym parku. Obniżenie ceny w aukcji elektronicznej ogólnikowo uzasadnił pierwotnym 5-krotnym podwyższeniem marży.

Kolejno Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 14 maja 2021r. Zamawiający odtajnił złożone w ramach wyjaśnień kosztorysy ofertowe, które posiadają ceny jednostkowe oraz stanowią podstawę sposobu obliczenia ceny i w ocenie Zamawiającego są jawne i publicznie dostępne.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego kosztorysów Odwołujący wskazał, że Przystępujący do kalkulacji swojej ceny przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 18,00 zł. Wyjaśnił, że w ustawie o rachunkowości przyjmuje się powszechnie, że koszty pracy to kwota, jaką ponosi pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika. Pod pojęciem kosztów pracy kryją się wszystkie obciążenia, wynikające z umowy o pracę, w tym wynagrodzenie brutto pracownika (przed opodatkowaniem), ale także m.in. nakłady na bezpieczeństwo, odzież ochronną, doskonalenie, działalność socjalno-bytową, składkę ubezpieczeniową i inne pozapłacowe obciążenia, które obciążają pracodawcę (m.in. połowa składek na ubezpieczenie rentowe i emerytalne). Z kolei, wg ustawy z 10 października 2002 r. minimalne wynagrodzenie oznacza całkowite wynagrodzenie przysługujące pracownikowi za pracę w pełnym wymiarze czasu. Do obliczenia wysokości wynagrodzenia, zgodnie z art. 6 § 1 cytowanej ustawy, przyjmuje się przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i

inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych. Zestawienie powyższe wskazuje, że koszty pracy obejmujące obciążenia spoza wynagrodzenia, które płaci pracodawca na zatrudnienie danego pracownika, są znacznie szerszym pojęciem niż pojęcie minimalnego wynagrodzenia. W związku z powyższym wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W kosztorysowaniu stawka roboczogodziny jest jednym z podstawowych elementów cenotwórczych a jej elementem obligatoryjnym są obciążenia płac. Kosztem mogącym być kwalifikowanym jako koszty pośrednie są wyłącznie koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu, które to nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. W ramach stawki roboczogodziny, która to jest kosztem bezpośrednim związanym z wykonywaną usługą, należy zatem ująć m.in. obligatoryjne obciążenia płacowe, których to zgodnie z przedłożonymi wyliczeniami FLORA nie uwzględnił. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również treść samego art. 90 ust. 1 Pzp, która to bezpośrednio odwołuje się do ustawy, w ramach której ustawodawca przyjął określoną stawkę wynagrodzenia. Przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań i czynników cenotwórczych wynikających z pkt 1.28 SIWZ zgodnie z którym wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie prac budowlanych, w tym w szczególności wykonujące prace przygotowawcze, ziemne, fundamentowe, murarskie, instalacyjne, demontażowe, montażowe, związane z zagospodarowaniem terenu, wykonaniem nawierzchni, oświetlenia oraz obsługujące maszyny i urządzenia, a także wykonujące czynności porządkowe, nasadzenia i pielęgnację zieleni oraz czynności w zakresie usług gwarancyjnych, będą zatrudnione w ramach stosunku pracy jako jego pracownicy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. FLORA przyjął do kalkulacji ceny oferty odpowiednio stawkę roboczogodziny na poziomie 18 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu obowiązujących, do których odwołał się Zamawiający w SIWZ i wydanego na ich podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. wynikało, że od 1 stycznia 2021r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2.800 zł natomiast minimalna stawka godzinowa 18,30 zł . Należy stwierdzić, że brak jest legalnej definicji pojęcia "roboczogodzina kosztorysowa", jak również pojęcia tzw. narzutów kosztorysowych określanych jako koszty pośrednie (k.p.) lub kosztami ogólnymi (KO) które w zależności od metodologii przyjętej przez wykonawcę mogą być naliczane w dowolny sposób. Jednakże zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania, koszty bezpośrednie i pośrednie stanowią dwie odrębne grupy kosztów i niedopuszczalne jest ich

dowolne przenoszenie. Kategoria kosztów bezpośrednich w tym roboczogodziny służy temu, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny, a w wyniku przyjęcia przez wykonawcę stawki roboczogodziny w wysokości 18,00 zł która powinna obejmować wszystkie koszty pracy, naruszono obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Składniki, które powinny być wliczone w godzinową stawkę robocizny kosztorysowej to:

- płace zasadnicze,
  - premie regulaminowe,
  - płace dodatkowe (dodatki funkcyjne, dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe),
- płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe nierefundowane przez ZUS, odprawy emerytalne i z innych tytułów, nagrody jubileuszowe itp.), - obligatoryjne obciążenia płac,
- odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Zdaniem Odwołującego, przy ocenie ofert, w szczególności przy określaniu stawki roboczogodziny Zamawiający musi wziąć pod uwagę, czy wykonawcy wzięli pod uwagę także inne koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym (art. 90 ust. 1 Pzp). Podkreślił, że zasadnicza część prac do zrealizowania w niniejszym postępowaniu jest przewidziana na rok 2021. Jak wynika z ww. rozporządzenia minimalne wynagrodzenie w roku 2021 wynosi 2800 zł brutto. Jednak są to kwoty odnoszące się jedynie do wynagrodzenia brutto pracowników. Przy szacowaniu kosztów pracy należy wziąć pod uwagę m.in. koszty po stronie pracodawców obejmujące składki emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy i FGŚP, składek na ubezpieczenie społeczne. Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o ubezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tzw. koszty pośrednie w tym w szczególności: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników. Przyjęta przez FLORA stawka roboczogodziny na poziomie 18,00 zł jest w ocenie Odwołującego zaniżona, gdyż nie uwzględnia kosztów pracy przy zagwarantowaniu minimalnego wynagrodzenia określonego przepisami. Udostępnione Odwołującemu kosztorysy i wyjaśnienia nie zawierają w tej kwestii żadnych informacji, które przeczyłyby tej tezie. Zaniżenie stawki roboczogodziny poprzez brak uwzględnienia w niej kosztów pracy, do poziomu poniżej minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej stanowi przesłankę uznania, że cena oferty została skalkulowana niezgodnie z przepisami ustawy i jest cena rażąco niską, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby.

Odwołujący odnosząc się do kolejnego z zarzutów wskazał, że wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że nie można uznać, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia usprawiedliwia pominięcie lub zaniżanie kosztów realizacji poszczególnych elementów stanowiących część przedmiotu zamówienia lub też zmniejszanie ilości lub wymiarów wynikających z przedmiarów. Natomiast porównanie ilości przedmiarowych załączonych do dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego z ilościami przyjętymi w kosztorysie ofertowym FLORA świadczy o braku rzetelności i nienależytej kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że z kosztorysu ofertowego Przystępującego „Opcja Podstawowa rob-bud.” wynika, że element: Estrada etap III w całości jest niedoszacowany. Odwołujący wyjaśnił, że uzyskał on oferty, o charakterze rynkowym na wykonanie całego elementu jak również kilku wybranych pozycji, potwierdzające powyższe stanowisko. Przedłożył jako dowód:

A) Firma SportHalls zaoferowała wykonanie zakresu całego elementu za kwotę 750 000,00 zł netto, a FLORA wyliczyła kwotę 85 931,52 zł.

B) Firma ABASTRAN oferuje wykonanie zakresu bez robót ziemnych, fundamentowania oraz ścian i podłóg za 389 000,00 zł netto, (FLORA wyceniła na 26 555,99 zł),

C) Firma Soley Sp. z o.o. wykonanie zakresu palowania wyceniła na 91 782 zł netto palowanie plus dodatkowo koszty mobilizacji 15 000zł co daje 106 782 zł netto, a firma FLORA wycenia ten zakres na 15 342,60 zł netto.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z przedmiarem i projektem do wykonania są 32 miejsca w których należy wykonać pasy medialne o łącznej długości 223 mb i szer. 0,6 mb. Zgodnie z wytycznymi normy ISO 23599:2019 na 1 mb przypada 136 pinezek, a na projektowaną długość 30328 szt. Firma Sensetec wyceniła dostawę wraz z montażem na łączną kwotę 398 206,64 zł netto, a FLORA wyceniła te pozycje w kosztorysie na łączną kwotę 6.048 zł netto. Powyższe wskazuje na rażące zaniżenie ceny tego elementu.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaniżył także koszty wykonania ogrodzenia placu zabaw, bowiem uzyskana przez niego oferta firmy Wood System S. Ś. zaoferowała mu dostawę i wykonanie ogrodzenia placu zabaw z palisady drewnianej za kwotę 248 438,50 zł netto, gdzie kwota za zakup materiału na wykonanie elementu to kwota 169 680 zł netto. Przystępujący natomiast w swoim kosztorysie przeznaczył na wykonanie tego elementu kwotę 26 682,47 zł co nie pokrywa nawet kosztu zakupu materiału. Powyższe wskazuje na rażące zaniżenie ceny tego elementów.

Również w ocenie Odwołującego, Przystępujący zaniżył w kosztorysie element: Instalacje kanalizacji sanitarnej zewnętrznej etap I, bowiem firma P. wyceniła samą pompownie (jej zakup) na kwotę 32 500 zł netto. A zakup materiału przewyższa znacząco kwotę 8925 zł netto którą Przystępujący zamierza przeznaczyć na wykonanie tej pozycji (zakup i montaż). Powyższe wskazuje na rażące zaniżenie ceny tego elementów.



## Sygn. akt KIO 1875/21

W ocenie Odwołującego łączne zniżenie cen w/w elementów w ocenie Odwołującego stanowi kwotę 1.301.558,15 zł

Odwołujący wskazał także, że jego zdaniem Przystępujący w przedstawionym kosztorysie ofertowym zaniżył ilości przedmiarowe 36 pozycji kosztorysowych, co obrazuje tabela porównawcza załączona do odwołania. Zniżenie ilości przedmiarowych skutkuje obniżeniem wartości pozycji przedmiarowej a w konsekwencji całej ceny ofertowej. Z przeliczenia poprawnych ilości i podanej przez wykonawcę wartości jednostkowej wynika, że niedoszacowane ceny oferty z tego tytułu stanowi kwotę 317.635,74 zł

Niezależnie zniżenie ilości przedmiarowych w wycenie pozycji dotyczących domku ogrodnika (poz. kosztorysowa 10.1.3.18. i 10.1.3.31) w którym przyjęto w obliczeniach niecałe 20% ścian murowanych czy też zbrojenia, oraz dotyczących szklarni (poz. kosztorysowa 10.1.4.29) w której przyjęto wykonanie de facto tylko jednej ściany zabudowy szklarni, czy też brak 1 szt. elementu małej architektury Grający chodnik (poz. kosztorysowa 15.1.2.4) świadczy iż FLORA sp. z o.o. sp.k. nie zaoferował przedmiotu zamówienia zgodnego z treścią SIWZ i określonymi w niej wymaganiami Zamawiającego. Powyższe zniżenia ewidentnie wskazują, że wykonawca nie ujął w wycenie realizacji określonych elementów lub obiektów w sposób jakiego oczekuje Zamawiający, zatem złożona oferta jest merytorycznie niezgodna z treścią SIWZ. Dodatkowo Przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie 3 elementów zabawek Pana Twardowskiego, objętych przedmiotem zamówienia. Pierwotnie Zamawiający przedmiarze nie zamieścił tej pozycji, natomiast udzielone w dniu 31.12.2020r. odpowiedzi na pytania 26 i 62 do SIWZ niezaprzeczalnie wskazują, że elementy te wychodzą w zakres przedmiotu zamówienia. Tymczasem w kosztorysach ofertowych Wykonawcy Flora nie zostały one uwzględnione. Odwołujący wyjaśnił, że dysponuje ofertą producenta na wskazane elementy zabawek Pana Twardowskiego w kwocie 199 000 zł netto i o taką kolejną kwotę cena ofertowa FLORA sp. z o.o. sp.k. została niedoszacowana.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty w całości motywując, że po ponownej analizie oferty Przystępującego, jak i uzasadnienia odwołania uznał, iż oferta FLORA nie odpowiada treści SIWZ oraz jej cena jest rażąco niska.

Zamawiający przyznał, iż ze względu na pominięcie części pozycji objętych dokumentacją postępowania, jak i wymaganych ilości elementów małej architektury oraz wynikającej z tego błędnej kalkulacji w ofercie FLORA okazuje się ona ofertą z rażąco niską ceną. Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ Zamawiający przyznał, iż ze względu na brak niektórych wymaganych elementów zamówienia, tj.:

1) Dwóch z pięciu Zabawek Pana Twardowskiego” z grafiką w formie komiksu, w formie teatru cieni i w formie ręcznie przesuwanych figurek,

2) Jednej z dwóch trampolin na placu zabaw,

3) Jednego z dwóch „grających chodników” na placu zabaw, zarzut niezgodności z treścią SIWZ jest zasadny.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 sierpnia 2021r. Przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści oferty Przystępującego, złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba również dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz przez Przystępującego na rozprawie.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego w związku z zaniżeniem przez niego kosztów pracy wskazanych w wyjaśnieniach jest niezasadny. Przypomnieć należy, że Odwołujący wskazywał, że podana stawka roboczogodziny w kwocie 18,00 zł jest niższa od stawki

minimalnego wynagrodzenia pracowników, a także nie zawiera składników wynagrodzenia obejmujących koszty pracodawcy. Izba za wyrokiem KIO 1033/21 wskazuje, że posługiwanie się dla wykazania stawki wynagrodzenia pracownika, nie niższej niż minimalne wynagrodzenie pracownika jest niewłaściwe, gdyż uznać należy, że roboczogodzina (osobogodzina) jest jednostką miary robocizny. Wyraża ona normę ilościową wykonania przez jednego robotnika, w czasie jednej godziny, określonego zakresu robót. Normę tę określa się w odniesieniu do wybranej jednostki obmiarowej danej roboty. Liczba roboczogodzin przypadających na jednostkę obmiarową danego rodzaju robót wyznacza się w kosztorysowaniu różnymi metodami, jak chociażby w oparciu o katalogi normowe takie jak KNR, KSNR, KNNR, KNP i inne. Należy jednoznacznie stwierdzić, że wynagrodzenie pracownika nie jest jednoznaczne ze stawką roboczogodziny i może zostać sfinansowane z pozostałych, innych pozycji tym również niezwiązanych z kosztami wynagrodzenia. Istotnym w sprawie jest fakt, czy wykonawca założył w cenie ofertowym wynagradzanie pracowników wg. stawki gwarantującej uzyskanie co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Zdaniem Izby uznać należy, że w sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, iż Przystępujący nie ujął w cenie ofertowej kosztu wynagrodzenia pracowników na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia tym bardziej, że do wyjaśnień wykonawca przedłożył przykładowe umowy o pracę niektórych pracowników, co pozwala uznać, że wykonawca do zatrudnienia stosuje przepisy obowiązującego prawa dotyczące wynagrodzenia. Odwołujący kwestii tej nie podważył, w związku z czym Izba zarzut oddaliła.

Odnosząc się kolejno do zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie niedoszacowania kosztów związanych z wykonaniem elementu „Estrada etap III” w zakresie całości jak i poszczególnych elementów to Izba zarzut ten również uznała za niezasadny. Zauważyć należy, że Przystępujący na rozprawie przedłożył dowód stanowiący ofertę firmy Radix na wykonanie kompletnej estrady - zgodnie dokumentacją projektową (zakres prac: prace ziemne, konstrukcyjne wraz z zadaszaniem) na kwotę 81.000 zł. Odwołujący przedłożył natomiast do odwołania ofertę firmy SportHalls na wykonanie powyższego elementu za kwotę 750.000 zł. Uwzględniając fakt, że oferty złożone przez Przystępującego i Odwołującego na wykonanie powyższego elementu są skrajnie różne, bowiem różnica pomiędzy nimi wynosi aż 680 000 zł, oraz mając na uwadze ciężar dowodu wynikający z przepisu art. 534 ust. 1 Pzp Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że za zaoferowaną cenę wynikającą z oferty Przystępującego nie jest możliwe wykonanie elementu „Estrada etap III”. Co istotne, Odwołujący nie przedłożył żadnych innych przykładowych ofert pochodzących od różnych podmiotów, potwierdzających że wskazywana przez niego cena jest rzeczywiście ceną rynkową. Nie można bowiem w tym stanie faktycznym wykluczyć sytuacji, że Odwołujący przedłożył do odwołania ofertę z

najwyższą uzyskaną od innych firm ceną na wykonanie ww. elementu, a tym samym nie można wykluczyć że wycena ww. elementu przez Przystępującego jest prawidłowa. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać zaniżenia ceny w tym zakresie, a w związku z tym zasadności postawionego zarzutu, co skutkowało jego oddaleniem.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący rażącego zaniżenia elementu pn. „Schody etap I; Schody etap III”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że z SIWZ wynikało, iż obowiązkiem wykonawców było wykonanie pasów medialnych zgodnie z wytycznymi normy ISO 23599:2019 na podstawie której Odwołujący obliczył ilość wymaganych pinezek. Przystępujący w toku rozprawy wskazywał, że SIWZ takiej konieczności nie przewidywała, a więc to wykonawca decydował o sposobie rozmieszczenia pinezek uwzględniając przy tym wymagania Zamawiającego co do średnicy jednej pinezki. Z uwagi na nieobecność Odwołującego na rozprawie twierdzenia te nie zostały podważone. Izba za przekonywujące uznała również wyniesienia Przystępującego co do zawyżonej kalkulacji tego elementu przez Odwołującego. Wskazywał on bowiem, że dzieląc kwotę podaną przez Odwołującego na wykonanie ww. elementu, tj. 398 206,64 zł przez liczbę miejsc do wykonania tj. 32, cena jednego miejsca wynosi 12 443,95 zł. Zamawiający natomiast wycenił jedno miejsce w przedmiarze na kwotę 315 zł, a Przystępujący za kwotę 189 zł. Powyższe w opinii Izby uzasadnia stanowisko Przystępującego co do znacznego zawyżenia przez Odwołującego ceny wykonania ww. element. W konsekwencji również w tym zakresie Izba orzekła o niezasadności postawionego zarzutu.

Odnosząc się zbiorczo do zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysu Przystępującego dotyczącego ogrodzenia placu zabaw oraz instalacji kanalizacji sanitarnej, które w opinii Odwołującego są znacznie niedoszacowane, to Izba wskazuje, że Przystępujący przedłożył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowód w postaci oferty konkretnego podmiotu (tajemnica przedsiębiorstwa) na wykonanie instalacji kanalizacji sanitarnej w określonej wysokości. Oferta ta została potwierdzona przez podmiot trzeci, na co Przystępujący na rozprawie złożył stosowny dowód. Okoliczność natomiast, że Odwołujący uzyskał ofertę na samą pompownię za kwotę znacznie wyższą niż wskazana w kosztorysie Przystępującego nie może automatycznie potwierdzać zaniżenia tej pozycji przez Przystępującego. Faktem oczywistym jest bowiem, że z uwagi na znaczną konkurencyjność na rynku różni wykonawcy mogą oferować różne/odmienne rozwiązania. Odwołujący nie wykazał, że to właśnie ta sama pompownia została wyceniona w kosztorysie Przystępującego co pompownia wyceniona przez firmę P. . Co więcej Odwołujący nie przedłożył ofert żadnego innego podmiotu, potwierdzającego zaniżenie ceny przez

Przystępującego, co ewentualnie mogłoby uprawdopodobnić twierdzenie Odwołującego o zaniżeniu ww. pozycji kosztorysu. Tym samym, skoro Odwołujący powyższego twierdzenia nie udowodnił, zarzut podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut dotyczący zaniżenia przez Przystępującego kosztów przeznaczonych na wykonanie ogrodzenia placu zabaw. Odwołujący powoływał się na ofertę firmy Wood System i wywodził, że wykonanie tego elementu wiąże się z koniecznością poniesienia wydatków w kwocie 248 438,50 zł, a tymczasem Przystępujący powyższy element wycenił na kwotę 26.682,47 zł, co zdaniem Odwołującego jest ceną znacznie zaniżoną. Izba oceniając powyższy zarzut uwzględniła przedłożone przez Przystępującego na rozprawie dowody (nr 7 oraz nr 8) na podstawie których Przystępujący wywodził, że wykonanie tego elementu za wskazaną cenę jest realne. Zauważyć należy, że z dowodu nr 7 wynika, że firma Radix sp. z o.o. zaoferowała wykonanie ogrodzenia z drewna zgodnie z dokumentacją projektową za kwotę 24.000 zł netto. Natomiast z dowodu nr 8, tj. faktury VAT wystawionej przez ww. firmę wynika, że jak wskazywał Przystępujący podobne ogrodzenie do tego jak w niniejszym postępowaniu zostało wykonane za kwotę 28 373 zł netto. Uwzględniając powyższe twierdzenia i dowody oraz fakt, że Odwołujący z uwagi na nieobecność na rozprawie nie podważył powyższych twierdzeń Przystępującego, Izba stwierdziła, że Przystępujący zdołał wykazać prawidłowość zaoferowanej ceny.

Podsumowując powyższe rozważania podkreślić również należy, że różnice w sposobie kalkulacji ceny oferty, przyjętych stawek i założeń przyjętych przez konkretnych wykonawców wynikają z całego szeregu okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową to wskazać należy że różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru czy konkretnych usług. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący przedkładając oferty poszczególnych podmiotów na wykonanie zakwestionowanych elementów, znacznie przewyższających ceny zawarte w kosztorysie Przystępującego nie zdołał na ich podstawie podważyć prawidłowości kalkulacji tych pozycji. Odwołujący rezygnując z udziału w rozprawie zaniechał możliwości obrony prezentowanego przez siebie stanowiska i nie zdołał podważyć twierdzeń i dowodów złożonych przez

Przystępującego. W konsekwencji zarzuty dotyczące zaniżenia wskazanych w odwołaniu pozycji kosztorysu zostały przez Izbę oddalone.

Izba częściowo uwzględniła natomiast zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uwzględniając treść odpowiedzi Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2020r. na pytanie nr 26 (przytoczone w stanie faktycznym), stwierdziła, że obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie sześciu „Zabawek Pana Twardowskiego”. Jak natomiast wynika z przedłożonego przez Przystępującego kosztorysu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca ten w pozycji 15.1.2.38 wycenił trzy następujące „Zabawki Pana Twardowskiego”: postać Pana Twardowskiego, postać Pani Twardowskiej, postać diabła , tj. 3 sztuki za łączną kwotę 17.325 zł. Ponadto Izba ustaliła, że na stronie 59 kosztorysu w pozycji 439 „Zestawienia materiałów” Przystępujący ponownie wskazał na tylko trzy z sześciu zabawek, tj. na postać Pana Twardowskiego, postać Pani Twardowskiej, postać diabła. Z powyższego w ocenie Izby w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika, że Przystępujący nie ujął w kalkulacji trzech wymaganych przez Zamawiającego zabawek tj. zabawki z grafiką w formie komiksu, zabawki w formie teatru cieni oraz zabawki w formie ręcznie przesuwanych figurek. Nie zasługiwało na aprobatę Izby stanowisko Przystępującego, że pomimo wskazania w pozycji 15.1.2.38 tylko trzech zabawek ujął on w kalkulacji wszystkie zabawki wymagane przez Zamawiającego w wyniku udzielonej przez niego odpowiedzi na pytanie nr 26. Przystępujący wywodził, że zapis zawarty w pozycji 15.1.2.38 stanowił jedynie przeniesienie treści zawartej w pozycji 47.d1.2. przedmiaru etap III – roboty budowlane, nie oznaczał on jednak, że tylko te trzy zabawki zostały przez niego wycenione. Przystępujący na dowód wyceny wszystkich zabawek za zaoferowaną w kosztorysie cenę przedłożył ofertę firmy Radix sp. z o.o. na wykonanie 5 zabawek za kwotę 16.000 zł netto.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń oraz złożonego dowodu zauważyć po pierwsze należy, że Zamawiający wymagał zaoferowania sześciu konkretnie wyspecyfikowanych w odpowiedzi z dnia 31 grudnia 2020r. zabawek, a z oferty wynika, że firma Radix zaoferowała wykonanie jedynie 5 z nich bowiem. W ofercie brak jest oferty na wykonanie zabawki w formie ręcznie przesuwanych figurek. Już powyższe powoduje, że twierdzenia Przystępującego o wycenie wszystkich sześciu zabawek w kosztorysie są nieprawdziwe. Ponadto, Izba nie dała wiary twierdzeniom Przystępującego, że firma Radix wykona 5 zabawek za kwotę zbliżoną do wskazanej przez Przystępującego w kosztorysie (poz. 15.1.2.38 oraz 439), która odnosiła się wyłącznie do wyceny 3 zabawek. W ocenie Izby przedłożona przez Przystępującego oferta została sporządzona tylko w celu uprawdopodobnienia stanowiska o wycenie w ofercie wszystkich wymaganych w odpowiedzi

na pytanie 26 zabawek Pana Twardowskiego. Jednakże jak już wyżej wskazano już sam dowód w swojej treści potwierdza brak zaoferowania i wyceny wszystkich sześciu zabawek.

Powyższe ustalenia potwierdzają zasadność zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, a zatem obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczącego zaniżenia ilości przedmiarowych w wycenie 36 pozycji, w tym pozycji dotyczących domku ogrodnika, zbrojenia oraz szklarni to Izba zarzut uznała za niezasadny. Izba stwierdziła, że w sytuacji przyjęcia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, ewentualny przedmiar załączony do SIWZ ma charakter pomocniczy. Powyższe wprost zostało wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 26, gdzie Zamawiający wskazał, że „Zamawiający przypomina, iż przedłożony zestaw przedmiarów stanowi jedynie charakter orientacyjny i pomocniczy, a podstawą do sporządzenia oferty oraz określenia zakresu i wyliczenia ryczałtowej ceny, a następnie rozliczeń umowy jest dokumentacja projektowa oraz STWiORB”.

Wskazać należy, że powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 30 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 921/09 gdzie stwierdzono, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego. Jeżeli Zamawiający przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego (za wyrokiem KIO z dnia 20.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1077/08). W przypadku formy ryczałtowego wynagrodzenia dołączony do SIWZ przedmiar robót ma jedynie na celu umożliwienie wykonawcom wyliczenia ceny ryczałtowej za roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia, a zatem wszelkie niezgodności polegające na zaokrągleniu niektórych pozycji przedmiarowych nie mogą być podstawą do odrzucenia takiej oferty. Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena rozmiaru, a co za tym idzie kosztów robót należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko (za wyrokiem z dnia 30 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 921/09). Z kolei w wyroku z 21 sierpnia 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 815/08 stwierdzono w nim, że „(...) co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią a treścią otrzymanych

przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią siwz skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...) za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca, a jeżeli w takim wypadku zamawiający wymaga opracowania przez wykonawcę kosztorysu ofertowego, winien traktować przekazany w ramach SIWZ przedmiar robót jako dokument informacyjny (...). Zbliżone wnioski wynikają z analizy wyroku z 2 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 616/08: „(...) Wskazane wyżej ustalenie o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia ma w niniejszej sprawie doniosłe znaczenie. Jak wynika bowiem z treści art. 632 kodeksu cywilnego wynagrodzenie ryczałtowe jest wielkością niezmienną nawet przy zmianie rozmiaru lub kosztów prac, której nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy.(...)”. Podobnie kwestię tą przedstawia wyrok z 15 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 65/07: „(...) Ewentualne uchybienia w sporządzaniu kosztorysu nie mogą mieć wpływu na ważność oferty, ponieważ kosztorys ofertowy miał charakter tylko informacyjny, a obowiązującą ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich robót określonych w SIWZ.(...)”. W wyroku z 25.10.2010 r., sygn. akt KIO/2220/10) KIO postanowiła, iż: „(...) Odnosząc się do przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, Izba stwierdza, że wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998r. (sygn. akt II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Izba wskazuje na stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO 717/10, iż „w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, tabele rozliczeniowe i kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny”(...)”.

Skoro więc jak wskazano wyżej Zamawiający w postępowaniu przyjął wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym, a ponadto na rozprawie oraz do wyjaśnień Przystępujący przedłożył dowody z których wynika, że wycenie podlegało wykonanie całego domu ogrodnika (dowód nr 3), szklarni oraz instalacji wodno-kanalizacyjnej to uznać należało zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za niezasadny w tym zakresie. Ponadto Przystępujący wskazywał, że pomimo błędnych wartości wskazanych w przedmiarach dokonał on wyceny całości robót objętych przedmiotem zamówienia. Co istotne Odwołujący wskazywał na niedoszacowanie tych kilkudziesięciu pozycji w związku z zaniżeniem przyjętych wartości przedmiarowych, jednakże, że podnosił, że za cenę wskazaną w kosztorysie Przystępującego nie jest możliwe wykonanie danej pozycji. W konsekwencji w



ocenie Izby błędne wskazanie ilości przedmiarowych w kosztorysie przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie może stanowić o niezgodności oferty w SIWZ.

Końcowo wskazać należy, że Izba za nieudowodniony uznała zarzut dotyczący zaferowania błędnej ilości elementu „Grający chodnik”. Odwołujący nie wskazał z jakim postanowieniem SIWZ oferta Przystępującego jest niezgodna. Co więcej Przystępujący na rozprawie powołał się na dokument pn. „*Plac zabaw – zestawienie elementów katalogowych*”, z którego wynika, że obowiązkiem wykonawców było zaferowanie 1 sztuki elementu „Grający chodnik”. W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty z SIWZ w tym zakresie.

W konsekwencji Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio  $\frac{1}{2}$  do  $\frac{1}{2}$ . Kosztami postępowania obciążano, zatem Przystępującego wnoszącego sprzeciw i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Przystępującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł (łącznie 23 600 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11800 zł ( $23\ 600\ \text{zł} \times \frac{1}{2}$ ). Wobec powyższego Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 8200 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....