

Sygn. akt: KIO 1859/17

WYROK
z dnia 22 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Marek Koleśnikow

Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2017r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o., ul. Tęczowa 23, 41-500 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych, Rynek 1, 41-500 Chorzów**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **KRISBUD Sp. z o.o., ul. Lipcowa 58, 32-540 Trzebinia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty **Konsorcjum: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o.** oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty **PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwoływającego - Konsorcjum: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego – Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych na rzecz odwoływającego - Konsorcjum: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Chorzów (zwane dalej: „Zamawiającym”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Rewitalizacja Chorzowskiego Rynku”.

W dniu 6 września 2017r. wykonawca - Konsorcjum PB JAEKEL-BUD-TECH sp. z o.o., sp. k. i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD (dalej: „Odwoływający”) wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

I. odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp”) oferty Odwoływającego na skutek:

- 1) uznania ceny oferty Odwoływającego za rażąco niską,
- 2) zaniechania uznania wyjaśnień Odwoływającego w zakresie kalkulacji ceny oferty za przekonujące oraz potwierdzające, że cena zaoferowana przez Odwoływającego nie jest rażąco niska.

II. wyboru oferty złożonej przez KRISBUD sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwoływający zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwoływającego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według Odwołującego w przepisie art. 90 ust. 3 Pzp mowa jest o cenie oferty, nie zaś o cenie poszczególnych elementów ceny, cen jednostkowych składających się na cenę kosztorysową, czy też istotnych części składowych ceny (inaczej niż w przepisie art 90 ust. 1 Pzp, który reguluje wprost sytuację, w której zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazał, że pozycje 24 i 25 elementu 1.20 przedmiaru robót (obejmującego wielkoformatowe płyty betonowe nawierzchni) oraz pozycje 145 i 155 elementu 1.22 przedmiaru robót obejmują jedynie ceny za materiał. Podkreślił, że powyższe zostało wykazane w wyjaśnieniach złożonych w dniu 19 lipca 2017 r. oraz 4 sierpnia 2017r.

Mianowicie, jeśli chodzi o elementy 1.20 poz. 24 i 25- nawierzchnie z płyt betonowych uszlachetnionych, ceny zawarte w kosztorysie ofertowym są jedynie cenami za materiał, zaś pozostałe roboty, transport, przygotowanie, ułożenie, wykonanie otworów są ujęte w pozostałych pozycjach elementu nr 1.20. Należy podkreślić, iż płyty betonowe są częścią większej całości, stanowiącej element robót polegających na wykonaniu nawierzchni płyty Rynku oraz ul. Faski, stąd też w ocenie Odwołującego ich cena nie powinna być oceniana w oderwaniu od pozostałych prac składających się na dany element robót.

Wskazanie łącznych cen elementu 1.20 kosztorysu, oferowanych przez poszczególnych wykonawców, jak również wskazanych w kosztorysie inwestorskim, obrazuje poniższe zestawienie:

	Suma pozycji elementu 1.20 kosztorysu
Konsorcjum PB JAEKEL-Bud-Tech sp. z o.o., sp.k., PRD MPRD sp. z o.o.	3.221.465,00 zł
KRISBUD sp. z o.o.	4.623.606,00 zł
Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o.	3.410.540,00 zł

Kosztorys inwestorski	3.435.556,00 zł
-----------------------	-----------------

Z powyższego zestawienia wynika, że wskazana przez Odwołującego łączna cena elementu 1.20 nie odbiega od ceny zaproponowanej przez pozostałych oferentów oraz wartości wskazanej w kosztorysie inwestorskim.

Odwołujący wskazał również, że cena wykonania m² powierzchni została obliczona poprzez zsumowanie cen poszczególnych pozycji elementu 1.20 (3.221.465,00 zł) oraz podzielenie sumy przez 6000 m² tj. łączną powierzchnię płyty Rynku i ul. Faski, co dało kwotę 546,00 zł/m². Wyjaśnienia w tym zakresie zostały zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 19 lipca 2017 r.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący potwierdził zaoferowaną cenę materiałów, przedkładając ofertę cenową firmy POZBRUK, z której wynika cena płyt betonowych.

Odnosnie do elementu 1.22 poz, 145 i 155 Odwołujący wskazał, że obejmują one jedynie ceny materiałów, zaś na cały element przedmiarowy składa się szereg pozycji, które również obejmują pozostałe koszty wykonania osłon na drzewa oraz betonowych siedzisk architektonicznych z betonu prefabrykowanego.

Wskazanie łącznych cen elementu 1.22 kosztorysu, oferowanych przez poszczególnych wykonawców, jak również wskazanych w kosztorysie inwestorskim, obrazuje poniższe zestawienie:

	Suma pozycji elementu 1.22 kosztorysu
Konsorcjum PB JAEKEL-Bud-Tech sp. z o.o., sp.k., PRD MPRD sp. z o.o.	1.766.366,00 zł
KRISBUD sp. z o.o.	1.509.081,00 zł
Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o.	1.904.750,00 zł
Kosztorys Inwestorski	2.123.694,00 zł

Odwołujący podkreślił, iż wykonawca KRISBUD Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ustalił w kosztorysie pozycję: Dostawa i montaż prefabrykowanych elementów ławek na 215.550 zł, tj. o ok. 500.000, 00 zł mniej niż wynikało to z kosztorysu inwestorskiego (gdzie ta pozycja wyceniona

została na 754.360,34 zł), zaś zamawiający nie zakwestionował ceny wskazanego elementu jako rażąco niskiej.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący potwierdził zaoferowaną cenę materiałów, przedkładając ofertę cenową firmy DOMBUD Beton Sp. z o.o., z której wynika cena ławek.

Podkreślić należy, iż oferty cenowe złożone przez POZBRUK oraz DOMBUD Beton Sp. z .o.o zostały złożone na podstawie szczegółowej analizy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz ze specyfikacją techniczną i opisem technicznym, w związku z tym nieuzasadniony jest zarzut, jakoby zaoferowane ceny nie odzwierciedlały cen rynkowych, czy też nie zapewniały możliwości wykonania w.w. elementów w realnych cenach rynkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że pozycje kosztorysowe: 145- Prefabrykowana osłona wokół drzewa oraz 155- Dostawa i montaż prefabrykowanych elementów ławek były wyceniane metodą kalkulacji indywidualnej, zaś według kosztorysu inwestorskiego pozycje te miały być objęte wyceną własną. Zamawiający nie udzielał wskazówek, w jaki sposób powinny zostać wycenione te pozycje.

Odwołujący podkreślił, że możliwość dokonania wyceny niektórych z pozycji kosztorysu na kwotę niższą z jednoczesnym skalkulowaniem wartości tych prac w innej pozycji należy odnieść do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wprowadził nakazu odrębnej wyceny każdej z pozycji kosztorysowej, stąd też nic nie stało na przeszkodzie, by Odwołujący w pozycji kosztorysowej nr 24 i 25 w elemencie 120 oraz w pozycji 145 i 155 elementu 1.22 ujął jedynie ceny za materiał, z jednoczesnym ujęciem pozostałych kosztów wykonania w.w. pozycji w pozostałych pozycjach kosztorysu składających się na elementy 1.20 oraz 1.22.

Porównując wysokość ceny zaoferowanej przez Odwołującego (22.499.140,10 zł) z cenami pozostałych ofert (KRISBUD; 24.435.116,24 zł, ENERGOMONTAŻ: 22.019.813,93 zł) oraz z wartością wskazaną w kosztorysie inwestorskim (23.290.000,00 zł) niewątpliwie nie można przyjąć, że odbiega ona od nich w sposób rażący. Tym samym nie można Odwołującemu stawiać zarzutu zaniżonej wyceny kwestionowanych pozycji kosztorysu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, iż elementy przedmiaru inwestorskiego tj. El. 1.20. poz. 24/wielkoformatowe płyty betonowe, El. 1.20. poz. 25/wielkoformatowe płyty betonowe, El. 1.22. poz. 145/osłony na drzewa oraz El. 1.22. poz. 155/betonowe siedziska nie stanowią istotnych części składowych ceny. Wskazał, że wzywając Odwołującego na etapie badania oferty do złożenia wyjaśnień dot. istotnych części składowych ceny oferty wskazał te elementy przedmiotu i uzasadnił dlaczego w postępowaniu, którego przedmiotem zamówienia publicznego jest „Rewitalizacja chorzowskiego Rynku” opisane części są istotne, kluczowe. Zauważył, iż Odwołujący wcześniej w żadnym piśmie, na żadnym etapie postępowania, nie kwestionował istotności opisanych pozycji.

Zamawiający wskazał, iż istotność ww. elementów dla całości oferty wynika z charakteru elementów, z którym wiąże się cel inwestycji, którym jest uzyskanie funkcjonalnej i bezpiecznej płyty rynku, jak również z zagwarantowania oprawy estetycznej na wysokim poziomie, jak i ze szczególnego sposobu wykonania ww. elementów opisanych w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych tj. wykonywania ich w skomplikowanej technologii z uwzględnieniem ich nietypowości, wykonania ich w określonej przestrzeni czasowej. Sposób i jakość wykonania powyższych elementów prefabrykowanych oraz ich zamontowanie będzie miało kluczowe znaczenie dla uzyskania określonego i wymaganego projektem efektu architektonicznego, estetyki płyty Rynku wraz z wbudowanymi elementami małej architektury. Płyty betonowe nawierzchni rynku określone w projekcie są niestandardowe, tj. posiadają grubość 16 cm, a sposób wykończenia to: grys ze skał litych, powierzchnia szlifowana i śrutowana, Dodatkowo system zespolenia płyt poprzez zazębiające się przekładki, a w wielu wybranych elementach (ok. 400 płyt) należy przewidzieć fabryczne wycinanie otworów na elementy dekoracyjne przewidziane w projekcie - co powinno również być uwzględnione w cenie płyt. Betonowe siedziska prefabrykowane z betonu architektonicznego ujęte w projekcie są elementami niestandardowymi, w tym w odniesieniu do kształtu, zaprojektowanymi indywidualnie dla zadania, którym jest rewitalizacja chorzowskiego rynku. Siedziska są w formie trójkąta, którego środek wypełniony będzie ziemią i roślinnością. Na każde siedzisko składają się 23 modułowe elementy betonowe, które muszą być wykonywane w zakładzie prefabrykacji w idealnie gładkich szalunkach i dostarczane na plac budowy do montażu na wcześniej przygotowanych

fundamentach. Elementy te są niepowtarzalne, o skomplikowanej geometrii, w tym liniami łukowymi. W związku z tym, że płyta rynku jest pochylona, poszczególne elementy siedzisk przy uwzględnieniu stopnia nachylenia różnią się wymiarami ścianek w zakresie wysokości, stopnia nachylenia oparcie siedzisk oraz ich wysokości. Projekt zakłada w przypadku siedzisk uzyskanie tzw. efektu „fali”. Wykonanie modułowych elementów siedzisk betonowych będzie wymagało wykonania indywidualnych form, a zgodnie z wymaganiami określonymi w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych konieczne jest jednorazowe użycie szalunku. Przedstawione wyżej wymagania dotyczące wielkoformatowych płyt betonowych oraz betonowych osłon na drzewa i betonowych siedzisk prefabrykowanych z betonu architektonicznego pokazują jak istotne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i osiągnięcia efektu architektonicznego wynikającego z projektu ma prawidłowa technologia wykonania i zastosowanie materiałów, a co się z tym wiąże prawidłowa wycena tych pozycji. Istotność tych pozycji ma również odzwierciedlenie w ich wycenie, która zarówno w kosztorysie inwestorskim jak również w ofertach pozostałych uczestników postępowania kształtuje się na poziomie ponad 12,5% odpowiednio wartości kosztorysu inwestorskiego i wartości kosztorysów ofertowych pozostałych wykonawców.

W ocenie Zamawiającego niedoszacowanie tych pozycji w ofercie Odwołującego powoduje, że cena oferty Odwołującego, w której przedmiotowe pozycje stanowią 2,67% wartości oferty staje się nierealna, co przekłada się na nierealność ceny całkowitej oferty. Niesie to ryzyko niemożności wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ za cenę zaoferowaną.

Zamawiający uznał, iż ceny pozycji - 24 i poz.25 elementu 1.20 przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego obejmujących wielkoformatowe płyty betonowe nawierzchni oraz pozycji 145 i poz. 155 elementu 1.22 obejmujących prefabrykowane osłony na drzewa i siedziska z betonu architektonicznego, , przyjętych w kosztorysie ofertowym Odwołującego są zaniżone w sposób zasadniczy do cen rynkowych, co można wykazać na podstawie pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

nie może się zatem ograniczyć do złożenia pisma składającego się z kilku oświadczeń wskazujących lakonicznie, że cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Powinny udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Zamawiający wskazuje, iż w art. 69 dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został precyzyjnie określony mechanizm weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaferowanej ceny lub kosztu, który ma na celu ochronę Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem, bądź niewykonaniem zamówienia, a także ochronę rzetelnych Wykonawców przed nieuczciwymi praktykami innych Wykonawców. Wezwany na podstawie tego przepisu Wykonawca ma obowiązek złożenia wyczerpujących i pełnych wyjaśnień, które pozwolą Zamawiającemu ocenić rzetelność wskazanej w ofercie kalkulacji. Nie wystarczającym będą ogólne zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, przekonujące, a co najważniejsze spójne z oświadczeniami zawartymi w złożonej ofercie lub z wcześniejszymi wyjaśnieniami Wykonawcy, a także powinny zawierać omówienie wszystkich aspektów mających wpływ na cenę lub koszt, tak aby nie pozostawiać wątpliwości, co do prawidłowości ich obliczenia.

Zamawiający ponadto wskazał, iż dla przedmiotowego zadania określił wynagrodzenie wykonawcy jako wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie z zapisami w SIWZ dotyczącymi zasad rozliczania robót i płatności, rozliczanie odbywać się będzie fakturami częściowymi za faktycznie wykonane i odebrane protokołami częściowymi roboty a nie za całe elementy przedmiaru. W związku z powyższym szczególnie istotna jest realna wycena kluczowych pozycji kosztorysu tak aby odpowiadała faktycznie ponoszonym kosztom. Nie wykonanie lub zakwestionowanie tych pozycji przez Zamawiającego musi rodzić dla Wykonawcy określone skutki finansowe, proporcjonalne do zakresu i wartości niewykonanych prac. Istotność prawidłowej wyceny istotnych pozycji wiąże się również z przewidzianymi zmianami do umowy w związku z koniecznością wykonania robót zamiennych, ograniczenia lub zwiększenia zakresu robót, które zgodnie z SIWZ będą dokonywane w oparciu o stawki i narzuty przyjęte w kosztorysie ofertowym.

Ponadto ewentualne odstąpienie od umowy przez Odwołującego w określonym momencie i na określonym etapie zaawansowania prac, przy uwzględnieniu wysokości przewidzianej w umowie kary umownej za odstąpienie, może okazać się korzystniejsze dla Odwołującego niż wykonanie całego przedmiotu zamówienia przy przyjętych w ofercie cenach istotnych składników oferty wycenionych nierealnie. W sytuacji rozwiązania umowy w trakcie jej realizacji np. przez Wykonawcę, mogło by dojść do konieczności poniesienia wydatków w wysokościach i terminach innych niż wynikające z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zamawiający udzielając zamówienia publicznego musi dbać o racjonalne i celowe wydatkowanie środków publicznych. W przypadku wyboru oferty odwołującego mogłoby dojść do naruszenia zasad określonych w art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1870ze zra.) tj., uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów.

Ustawa o finansach publicznych określa także, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Nieprawidłowa wycena pozycji kosztorysowych zawierająca rażąco niską cenę, może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia także tej zasady ze względu na niemożliwość wykonania zadania w części pozycji wycenionych poniżej cen umożliwiających ich wykonanie, co zostało przez Zamawiającego wykazane.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący, wykonując prace drogowe w zakresie robót ziemnych, przygotowawczych i podbudowy (bez wykonania nawierzchni z płyt betonowych) otrzyma wynagrodzenie przewyższające o ok. 900 tys. zł faktyczną wartość prac, którą obrazuje średnia arytmetyczna ofert i kosztorysu inwestorskiego. Analogicznie dla robót związanych z zagospodarowaniem terenu i małą architekturą, otrzymane wynagrodzenie za wykonanie prac bez siedzisk betonowych przewyższa o ok. 400 tys. zł faktyczną wartość prac.

Podsumowując można stwierdzić, że w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności, skutkujących nie zrealizowaniem przez wykonawcę finalnych elementów projektu tj. nawierzchni rynku oraz siedzisk betonowych, przy jednoczesnej zapłacie za wcześniej wykonane prace, Wykonawca otrzyma „nadpłatę” w kwocie ok. 1 300 tys. zł gdy tymczasem Zamawiający chcąc sfinalizować inwestycję potrzebować będzie dodatkowo kwoty ok. 2 mln zł.

Dodatkowym czynnikiem wymuszającym szczególną staranność w zakresie kalkulacji kosztów i rozliczania prac będzie fakt przyznania dofinansowania ze

środków unijnych o które zamawiający się ubiega. Znaczenie tego elementu potęguje fakt, że właśnie te zakwestionowane pozycje stanowią główne składniki tzw. „kosztów kwalifikowanych” czyli, że głównie te elementy projektu będą dofinansowane a ewentualne problemy z ich rozliczeniem lub co gorsza z ich nie wykonaniem obciążać będą Zamawiającego, łącznie z koniecznością zwrotu przyznanego dofinansowania.

Podsumowując swoje stanowisko podał, iż w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący miał możliwość wykazania, że zaoferowane ceny kluczowych pozycji w jego ofercie są cenami rynkowymi. Odwołujący pomimo dwóch wezwań Zamawiającego dot. wyjaśnienia cen kluczowych pozycji, szczegółowo określających czego Zamawiający oczekuje w odpowiedzi nie udowodnił, iż ceny są cenami rynkowymi, stąd w związku z nie obaleniem braku rażąco niskiej ceny; negatywna ocena wyjaśnień Odwołującego przy ciężarze dowodu leżącym po stronie Odwołującego skutkowałą odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.4 w związku z art.90 ust. 3 Pzp.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp w związku z art. 91 Pzp tj. poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie polegające na wyborze oferty KRISBUD Sp. z o.o., i nie dokonania wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż była ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert oferta Odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu uznał go za chybiony. Wskazał, że prowadząc przedmiotowe postępowanie i oceniając każdą ofertę kierował się tymi samymi, jednakowymi kryteriami, warunkami udziału w postępowaniu, wymaganiami co do przedmiotu, jakie ma spełnić przedmiot oferowany przez wykonawcę. Zamawiający działał w taki sam sposób w stosunku do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut jest zatem nietrafny bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego oferta Uczestnika po przeprowadzeniu badania ofert jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu ofert. W ocenie zgodnej z przyjętymi kryteriami ofert uzyskała maksymalną ilość punktów 100 %. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, iż Zamawiający naruszył zasadę konkurencji dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca argumentował, że podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Uczestnik w pełni podzielił argumentację Zamawiającego leżącą u podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania ustaliła, że:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Pzp”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. ustalenia istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została odrzucona, miał w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej (droższej), a przede wszystkim pozbawiają Odwołującego realnej szansy na uzyskanie tego zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając iż pełnomocnictwo dołączone do przystąpienia obejmowało swoim zakresem występowanie w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wynikający zarówno z treści oferty, jak i wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w pismach z dnia 19 lipca 2017r. oraz z dnia 4 sierpnia 2017r.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż cena oferty Odwołującego nie była rażąco niska, a udzielone wyjaśnienia potwierdzały powyższą okoliczność.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i w ich świetle prawidłowość odrzucenia oferty tego wykonawcy. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy Odwołujący wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty oraz czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska.

Wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2017 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień oraz wykazania możliwości wykonania wymienionych elementów infrastruktury po przyjętych cenach w kosztorysie ofertowym w odniesieniu do pozycji kosztorysu ofertowego dotyczących m.in. El. 1.20/poz. 24 oraz El. 1.20 poz. 25, a także El. 1.22 poz. 145 i poz. 155.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 19 lipca 2017 r. wyjaśnił, że jeśli chodzi o elementy 1.20 poz. 24 i poz. 25, to ceny zawarte w kosztorysie ofertowym są tylko cenami za materiał, a więc pozostałe roboty, transport, przygotowanie, ułożenie, wykonanie otworów są ujęte w innych - pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego. Łącznie element przedmiaru ofertowego nr 1.20 zawiera wszystkie roboty i materiały, które zostały ujęte w dokumentacji i w opisach w SIWZ. W związku z tym Odwołujący oświadczył, że za cenę łączną elementu przedmiaru 1.20 wykonamy wszystkie roboty i zastosujemy materiały wysokiej jakości zgodnie z dokumentacją projektową i ze specyfikacją techniczną. Ponadto wskazał, że w przeliczeniu na powierzchnie która jest do wykonania na płycie Rynku i na ul. Faski, tj. 6000 m², wartość wykonania elementu 1.20 to 3.221.465,00 zł , co daje 536,00 zł / m². A więc jest to cena rynkowa przy tak wysokiej jakości zastosowanych materiałów.

Następnie Odwołujący wskazał, że jeżeli chodzi o element 1.22 poz. 145 i 155 są to również tylko ceny materiałów i to wyrwane z całości elementu przedmiarowego składającego się ze 192 pozycji. Wskazał, że łączna cena elementu przedmiarowego nr 1.22 to 1.738.366,00 zł. Powyższa cena gwarantuje wykonanie całego tego elementu zgodnie z założonymi wytycznymi w dokumentacji projektowej i zgodnie z wytycznymi w SIWZ.

W związku ze złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami Zamawiający stwierdził, że nie wykazały one w pełni możliwości wykonania wymienionych elementów po zaoferowanych cenach i w dalszym ciągu budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym ponownie wezwał Konsorcjum PB JAEKEL-BUD-TECH, PRD MPRD Sp. z o. o. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, tj. do wykazania, w sposób nie budzący wątpliwości, możliwości wykonania:

a) wielkoformatowych płyt betonowych nawierzchni (pozycje 24 i 25 element 1.20 przedmiaru robót);

- b) prefabrykowanych osłon na drzewa (pozycja 145 element 1.22 przedmiaru robót);
- c) siedzisk z betonu architektonicznego (pozycja 155 element 1.22 przedmiaru robót) zgodnie z wymogami SIWZ i po zaoferowanych cenach.

Podkreślił przy tym, że wykazaniem możliwości wykonania może być przedstawienie oświadczenia producenta (zakładu prefabrykacji) o wykonaniu danego elementu zgodnie z wymogami SIWZ po cenie przyjętej w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący w piśmie z dnia 4 sierpnia 2017 r. ponownie potwierdził, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, a zaoferowana cena ofertowa obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia łącznie ze wszelkimi kosztami towarzyszącymi jego wykonaniu, w tym zapewnieniu wykonania zamówienia z należytą starannością, umową, powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymogami Zamawiającego. Cena podana w formularzu ofertowym uwzględnia wykonanie wszystkich usług wskazanych w treści oferty. Ostateczna cena oferty wykonawcy jest wynikiem dostępnych Odwołującemu warunków cenotwórczych wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności okolicznościami powodującymi kalkulację ceny na poziomie wskazanym w treści oferty jest posiadanie stałych i sprawdzonych podwykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że członkowie konsorcjum, PB Jaekel-Bud-Tech spółka z o.o. sp.k. i PRD MPRD spółka z o.o. prowadzą stałą, długotrwałą współpracę z konkretnymi, sprawdzonymi podwykonawcami i dostawcami. Współpraca przy realizacji wielu zadań, w tym uznanie naszych spółek jako partnerów wiarygodnych i wypłacalnych skutkuje możliwością uzyskania preferencyjnych ofert na wykonanie usług i dostaw, w tym wymaganych do wykonania zadania nazwą „Rewitalizacja Chorzowskiego Rynku”, co pozwala obniżyć cenę ofertową. Odwołujący podkreślił, że pozycja 24 i poz. 25 elementu 1.20 przedmiaru robót obejmującego wielkoformatowe płyty betonowe nawierzchni, zostały wycenione prawidłowo. Ponownie podkreślił, że cena tam wskazana jest tylko kosztem materiału, który będzie spełniał wymogi SIWZ i Zamawiającego.

Wyjaśnił również, że wycenę tego elementu oparł na ofercie uzyskanej od dostawcy. Jeżeli więc oferta konsorcjum została sporządzona w oparciu o ofertę uzyskaną na rynku od specjalistycznego podmiotu, to oznacza, że cena ofertowa konsorcjum odpowiada cenie rynkowej, zatem nie można mieć wątpliwości, że oferta nie zawiera rażąco niskich cen.

Odwołujący wskazał ponadto, że pozycja 145 i poz. 155 elementu 1.22 przedmiaru robót, obejmujących prefabrykowane osłony na drzewa i siedziska betonu architektonicznego również zostały wycenione prawidłowo. Wskazana cena jest tylko kosztem materiału, który będzie spełniał wymogi SIWZ i Zamawiającego. Pozwala ona na wykonanie opisanych w treści SIWZ elementów zgodnie z założeniami Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku powyższych elementów z pozycji 1.20, niniejsze elementy zostały wycenione w oparciu o ofertę specjalistycznego podmiotu. Jeżeli więc oferta konsorcjum została sporządzona w oparciu o ofertę uzyskaną na rynku od dostawcy, a cena ofertowa konsorcjum odpowiada cenie rynkowej, zatem nie można mieć wątpliwości, że oferta nie zawiera rażąco niskich cen. W załączeniu przedkładamy ofertę dostawcy z dnia 23.06.2017r.

W ocenie Wykonawcy przedstawione powyżej wyjaśnienia muszą być uznane za wystarczające w świetle otrzymanego wezwania z dnia 28.07.2017r. do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, że powyższe wyjaśnienia oraz treść przedłożonych ofert stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w piśmie z dnia 01.09.2017 r. (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego) wskazał, że po przeanalizowaniu udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych oferty sporządzonych na podstawie przedmiaru, a w szczególności;

- pozycji 24 i poz.25 elementu 1.20 przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego, obejmujących wielkoformatowe płyty betonowe nawierzchni,
- pozycji 145 i 155 elementu 1.22 przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego, obejmujących prefabrykowane osłony na drzewa i siedziska z betonu architektonicznego.

Stwierdził, że udzielone wyjaśnienia nie wykazały możliwości wykonania wymienionych elementów w realnych cenach rynkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego ceny powyższych pozycji przyjętych w kosztorysie ofertowym są zaniżone w sposób zasadniczy do cen rynkowych, co można wykazać na podstawie pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym – odnośnie wykonania nawierzchni z płyt wielkoformatowych – pozycje nr 24 i nr 25 przedmiaru 1.20 – że

cena wymienionych pozycji jest tylko kosztem materiałów. Wskazał, że przyjęta przez Odwołującego cena wymienionej pozycji, dla której przyjęto podstawę nakładów zgodnie z KNR 2-25, tablica 408 kol. 03 obejmuje pełny koszt wykonania nawierzchni, tj. koszt materiału (płyty i podsypki), koszt nakładów na sprzęt montażowy (żuraw samochodowy) oraz robociznę wraz z narzutami i zyskiem. Podkreślił, że w Odwołujący w wyjaśnieniach twierdził, że koszty dotyczące pozostałych robót, transportu, przygotowania, ułożenia, wykonania otworów zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, jednak nie wskazał, które to pozycje oraz jak zostały w nich skalkulowane.

Zdaniem Zamawiającego oferta cenowa producenta płyt przedstawiona w załączeniu do wyjaśnień nie dowodzi w żadnym stopniu o zaoferowaniu przez producenta wykonania wielkoformatowych płyt betonowych zgodnie z wymogami SIWZ, które opisano szczegółowo w Projekcie Wykonawczym. Zamawiający podkreślił, że oferta przedstawiona przez Odwołującego na potwierdzenie, że istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny, zawiera wykonanie płyt „GABARYT XL/M Nova Strzegomski”, bez żadnego dodatkowego opisu lub komentarza odnośnie parametrów technicznych.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego i załączone dowody (oferty handlowe producentów) potwierdzają brak pełnego rozeznania co do trudności technicznych zamówienia i wymagań jakościowych Zamawiającego i w związku z tym błędną kalkulację kosztów polegającą na ich niedoszacowaniu. Stwierdził, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody nie wykazały możliwości wykonania kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych w cenach rynkowych, a w konsekwencji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie bez naruszenia przepisów o rażąco niskiej cenie. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowe zadanie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby oceniając przedstawione i wyżej pokrótce opisane zdarzenia zauważa, że, co niesporne, na Odwołującym spoczywa obowiązek przedstawienia dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należało, że Odwołujący podał temu obowiązkowi. W ocenie składu orzekającego Odwołujący złożył szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia, tak co do ceny oferty ogółem, jak i w odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego pozycji formularza ofertowego. Odwołujący wykazał sposób kalkulacji ceny, obejmujący zarówno koszt nabycia materiału jak również koszty związane z wykonaniem robót budowlanych. Przypomnieć należy, że Zamawiający zakwestionował wycenę elementów przedmiotu zamówienia przedstawionych w poz. 24 i 25 el. 1.20 kosztorysu ofertowego oraz poz. 145 i 155 el. 1.22 kosztorysu, stwierdzając rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zakwestionowane składniki ceny stanowią niewielką część ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia (wartość zakwestionowanych co do prawidłowości wyceny poz. 24,25 e. 1.20 oraz 145 i 155 e. 1.22 to 495.520,88 zł przy wartości całej oferty, tj. 22.499.140,10 zł), a Zamawiający nie przedstawił argumentacji, którą można by uznać za potwierdzającą istotność tych części składowych dla wyceny całej oferty. Za taki argument nie może zostać uznana okoliczność, że są to istotne i kluczowe elementy przedmiotu zamówienia, wymagające szczególnej technologii wykonania opisanej w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Sposób i jakość wykonania powyższych elementów prefabrykowanych oraz ich zamontowanie będzie miało kluczowe znaczenie dla uzyskania określonego i wymaganego projektem efektu architektonicznego, estetyki płyty Rynku wraz z wbudowanymi elementami małej architektury. Zamawiający opisuje bowiem takie elementy przedmiotu zamówienia, których wykonania wymaga, co nie zmienia faktu, że są wśród nich elementy o różnej wadze cenotwórczej. Natomiast kwestia wizualna i estetyczna, jakkolwiek istotna, nie może być utożsamiana z istotnością w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisie tym mowa jest bowiem o istotność części składowych ceny oferty dla tej ceny, chodzi więc o istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem. Wobec powyższego, nie sposób na podstawie zakwestionowanych elementów stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę wynikającą z rażąco niskich istotnych części składowych tej ceny.

Zamawiający podniósł również, że przyjęta przez Odwołującego cena pozycji nr 24 i 25 przedmiaru 1.20, dla której przyjęto podstawę nakładów zgodnie z KNR 2-

25, tablica 408 kol. 03 obejmuje pełny koszt wykonania nawierzchni, tj. koszt materiału (płyty i podsypki), koszt nakładów na sprzęt montażowy (żuraw samochodowy) oraz robociznę wraz z narzutami i zyskiem.

Ponadto, z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w pismach z dnia 19 lipca i 4 sierpnia 2017 r. i potwierdzonych na rozprawie wynika, że pozycje te obejmują tylko i wyłącznie koszty nabycia materiału, natomiast pozostałe roboty, transport, przygotowanie, ułożenie, wykonanie otworów są ujęte w pozostałych pozycjach elementu 1.20. Jak podkreślał Odwołujący płyty betonowe są częścią większej całości, stanowiącej element robót polegających na wykonaniu nawierzchni płyty Rynku i ul. Faski, stąd też w jego ocenie ich cena nie powinna być oceniana w oderwaniu od pozostałych prac składających się na dany element robót.

Zdaniem Izby podkreślić należy, co wskazywał również na rozprawie Odwołujący, że Zamawiający w Instrukcji dla wykonawców, stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, w pkt XIV ppkt 3a wskazywał, że cena oferty musi obejmować wartość robót budowlanych, obliczonych na podstawie Przedmiaru Robót (załącznik nr 9), Specyfikacji technicznych (załącznik nr 10) oraz Projektu Budowlanego (załącznik nr 11). W ppkt 4 wskazał natomiast, że *kosztorys ofertowy można sporządzić w sposób uproszczony lub szczegółowy (zalecana jest wersja uproszczona)*. *Do kosztorysu uproszczonego należy załączyć zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.*

Podane w przedmiarze katalogi stanowią jedynie podstawę do szczegółowego opisu robót, a kosztorys ofertowy może być opracowany na innych podstawach, dowolnie przyjętych przez Wykonawcę. Z powyższego wynika, iż Zamawiający dopuścił tym samym dowolny sposób przygotowania kosztorysu ofertowego, z czego skorzystał Odwołujący przygotowując ofertę z kalkulacją własną. Dlatego też w sytuacji kiedy wykonawca miał swobodę w sporządzeniu kosztorysu (przyjęcia metody własnej), to brak jest podstaw do twierdzenia na etapie oceny ofert, iż ujęcie pewnych pozycji kosztowej w innym miejscu kosztorysu wskazuje na nie ujęcie ich w ogóle, lub ujęcie w zaniżonej wartości. Odwołujący na rozprawie przed Izbą wyjaśnił, że nawet jeśli wskazaną w kosztorysie ofertowym podstawą wyceny był KNR przepisany z przedmiaru robót, to wykonawca nie przywiązywał do niego wagi, kierując się opisem robót w danej pozycji i na jego podstawie sporządzając wycenę własną danej pozycji. Ponownie podkreślił, że pozycję 24 i 25 zawierają tylko cenę materiałów, natomiast cały element 1.20 nie odbiega od ceny zawartej w kosztorysie

inwestorskim. Ponadto określił, że cena 546 zł za 1m² zawiera zarówno ceną materiału jak i koszty robot.

Zdaniem Izby prawidłowe było stanowisko Odwołującego, że skoro Zamawiający nie wprowadził nakazu odrębnej wyceny każdej z pozycji kosztorysowej, to nic nie stało na przeszkodzie, by Odwołujący w pozycji kosztorysowej nr 24 i 25 w el. 1.20 oraz w poz. 145 i 155 elementu 1.22 ujął jedynie ceny za materiał, z jednoczesnym ujęciem pozostałych kosztów wykonania ww. pozycji w pozostałych pozycjach kosztorysu składających się na elementy 1.20 i 1.22.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 18 grudnia 2015 r. KIO 2631/15: „w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu, skalkulowanie pewnych pozycji na znacznie niższym poziomie niż średnio w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Za niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane należy uznać traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych”.

Ponadto, podkreślić należy, że Odwołujący, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego potwierdził zaoferowaną cenę materiałów przedkładając ofertę cenową firmy POZBRUK, z której wynika cena płyt betonowych oraz firmy DOMBUD, z której wynika cena ławek. Powyższe powoduje więc potwierdzenie, że oferta sporządzona w oparciu o ofertę uzyskaną na rynku od dostawcy, jest ofertą realną, a cena ofertowa Odwołującego odpowiada cenie rynkowej. W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący złożył ofertę z ceną rażąco niską. Odwołujący odpowiadając na dwukrotne wezwania Zamawiającego wykazywał, iż zaproponowane materiały odpowiadają SIWZ i spełniają wymogi Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw aby twierdzić, że zaoferowane przez Odwołującego ceny nie odzwierciedlały cen rynkowych, czy też nie zapewniały

możliwości wykonania ww. elementów w realnych cenach rynkowych zgodnie z wymaganiami SIWZ, a oferta była niedoszacowana. W przypadku wątpliwości co do zgodności zaproponowanych przez Odwołującego materiałów z SIWZ Zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Wskazać w tym miejscu również należy, że jak wynika z dokumentacji łączna cena elementu 1.20 kosztorysu Odwołującego kształtowała się w wysokości 3.221.465 zł, Przystępującego na poziomie 4.623.606 zł, natomiast kosztorys inwestorski obejmował kwotę 3.435.556 zł. Natomiast łączne ceny elementu 1.22 kosztorysu inwestorskiego Odwołującego kształtowały się na poziomie 1.766.366 zł, Przystępującego – 1.509.081 zł, a kosztorys inwestorski na kwotę 2.123.694 zł. Powyższe zestawienia oraz wcześniejsze ustalenia zdaniem Izby potwierdzają, iż oferty Odwołującego nie można uznać za rażąco niską.

Podkreślić należy za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2015 r. (KIO 2599/15), że *cenę jednostkową w ofercie, nie przesądzają o istnieniu rażąco niskiej ceny, lecz decyduje o tym dopiero wycena wartości całkowitej przedmiotu zamówienia.*

W takim stanie postępowania uznano, że odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne z uwagi na ustalone okoliczności zarówno faktyczne jak i prawne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....