

WYROK
z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2021 r. przez Odwołującego - wykonawcę **G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD” G. P.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Lotniczą Akademię Wojskową w Dęblinie**

przy udziale wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem poniesionych przez Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 - Lotnicza Akademia Wojskowa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129; dalej: „Pzp”), którego przedmiotem jest „Budowa hali widowiskowo-sportowej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 104-272791 z dnia 1 czerwca 2021 r.

W dniu 2 września Odwołujący – G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G. P. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „ERBUD”) złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia istotnej części składowej ceny, co do której Zamawiający powinien był stwierdzić, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. części ceny składającej się z wszystkich pozycji kosztorysowych, w których Przystępujący zaoferował cenę jednostkową na poziomie 0,00 zł;

2. naruszenie przepisu art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępujący do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie powodu zaoferowania w części pozycji kosztorysowych cen jednostkowych w wysokości 0 zł lub zastosowanego sposobu wyliczenia ceny, w ramach którego Przystępujący de facto pominął wycenę istotnego zakresu zamówienia;

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert, a w jego ramach żądanie od Przystępującego złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia istotnej części składowej ceny, którą stanowią wszystkie pozycje kosztorysowe, w których Przystępujący zaoferował cenę jednostkową na poziomie 0,00 zł, tj.:

(a) pozycje 8 d.2, 9 d.2, 10 d.2, 11 d.2, 16 d.2, 28 d.4, 29 d.4, 41 d.5, 42 d.5 - zawarte w kosztorysie ofertowym nr 1 (architektura),

(b) pozycje 11 d.2, 15 d.4, 18 d.5, 22 d.6, 30 d.9, 33 d.10, 38 d.11 - zawarte w kosztorysie ofertowym nr 2 (konstrukcja),

(c) pozycja 32 d.1 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 4 (wyposażenie meblowe),

(d) pozycja 2 d.1 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 6 (instalacja grzewcza, chłodzenia),

(e) pozycja 8 d.4 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 15 (architektura - dodatkowy);

4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie powodu zaoferowania w części pozycji kosztorysowych cen jednostkowych w wysokości 0 zł lub zastosowanego sposobu wyliczenia ceny.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Przystępujący zaoferował cenę jednostkową na poziomie 0,00 zł w następujących pozycjach kosztorysowych:

- pozycje 8 d.2, 9 d.2, 10 d.2, 11 d.2, 16 d.2, 28 d.4, 29 d.4, 41 d.5, 42 d.5 - zawarte w kosztorysie ofertowym nr 1 (architektura),

- pozycje 11 d.2, 15 d.4, 18 d.5, 22 d.6, 30 d.9, 33 d.10, 38 d.1 - zawarte w kosztorysie ofertowym nr 2 (konstrukcja),

- pozycja 32 d.1 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 4 (wyposażenie meblowe),

- pozycja 2 d.1 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 6 (instalacja grzewcza, chłodzenia),

- pozycja 8 d.4 - zawarta w kosztorysie ofertowym nr 15 (architektura - dodatkowy).

Biorąc natomiast pod uwagę:

(i) ilości robót, które powinny być zostać wycenione przez wykonawców w w/w pozycjach (dalej jako „wyzerowane pozycje”),

(ii) wartość analogicznego zakresu robót w ofertach pozostałych wykonawców,

(iii) kosztorysowy charakter wynagrodzenia,

(iv) wysokość ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia (z uwzględnieniem dokonanej w trakcie postępowania aktualizacji) oraz

(v) globalną wartość ceny oferty ERBUD (35.923 801,99 zł),

to zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był uznać, że ta część ceny oferty Przystępujący stanowi jej istotną część składową w rozumieniu przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, której wartość (0 zł) powinna była wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem Zamawiający zaniechał zwrócenia się do tego wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia tej części ceny - zarówno na podstawie przepisu art. 224 ust. 1, jak i przepisu art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że wartość brutto wyzerowanych pozycji w ofertach pozostałych wykonawców przedstawia się następująco:

(a) Warbud S.A. - 320.039,60 zł

Sygn. akt KIO 2607/21

- (b) Wojtpol T. W., Z. K. Sp.j. - 1.879.914,73 zł
- (c) Mostostal Puławy S.A. - 2.650.025,61 zł
- (d) EBS BUD Sp. z o. o. - 2.928.447,17 zł
- (e) MAX-BUD G. P. - 6.091.101,49 zł

Ze względu natomiast na to, że wartość analogicznego zakresu robót w ofercie Przystępującego wynosi 0 zł, w/w kwoty stanowią również różnicę między odpowiednią częścią ceny oferty ERBUD a odpowiednimi częściami cen ofertowych pozostałych wykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że stosunkowo niewielka wartość „wyzerowanej” przez ERBUD części ceny, która została podana przez Warbud S.A., wynika stąd, że wykonawca ten również (tak jak ERBUD) „wyzerował” cenę jednostkową w pozycji 16 d.2 kosztorysu ofertowego nr 1 (architektura), przy czym jednocześnie wyjaśnił, że związane z tą pozycją koszty zostały przez niego ujęte w poz. 95-99 tego kosztorysu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że średnia (arytmetyczna) różnica pomiędzy wartością pozycji kosztorysowych, które zostały wyzerowane przez ERBUD, a wartością analogicznego zakresu robót ofert pozostałych wykonawców, wynosi zatem 2.773.905,72 zł. Obliczając zaś tę różnicę z wyłączeniem Warbud S.A., który już na etapie składania ofert wskazał, że wartość pozycji 16 d.2 kosztorysu ofertowego nr 1 została przez niego przeniesiona do innych pozycji, średnia różnica wynosi 3.387.372,25 zł. Przyjmując jako bardziej miarodajną średnią wartość różnicy z wyłączeniem oferty Warbud S.A. (który przeniósł znaczną część kosztów „wyzerowanego” przez ERBUD zakresu do innych pozycji), należy stwierdzić, że gdyby Przystępujący wycenił te pozycje na łączną wartość 3.387.372,25 zł, cena oferty tego wykonawcy wyniosłaby 39.311.185,53 zł. Byłaby zatem o 9,43 % wyższa niż cena, która została przez niego rzeczywiście zaoferowana (z uwzględnieniem dokonanych przez Zamawiającego poprawek rachunkowych). W/w różnica między wartością tego zakresu zamówienia w ofercie Przystępującego, a średnią ceną tego zakresu robót z ofert pozostałych wykonawców (z wyłączeniem Warbud S.A.), tj. kwota 3.387.372,25 zł, jest również niebagatelna z punktu widzenia ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT (Zamawiający zaktualizował tę wartość w trakcie postępowania - w dniu 1 lipca 2021 r.) i obecnie wynosi ona 51.523.340,43 zł. Tym samym kwota, która mogła zostać niedoszacowana przez ERBUD w związku z zaoferowaniem zerowych stawek w przedmiotowych pozycjach kosztorysowych, stanowi 6,57 % jej wartości. Odwołujący zauważył, że chociaż wysokość ceny globalnej oferty Przystępującego nie odbiega o więcej niż 30 % od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10), to w zestawieniu ze skrajnym zaniżeniem przez niego wartości w/w zakresu robót (0 zł) występująca różnica powinna utwierdzić Zamawiającego w podejrzeniu, że istotna część ceny oferty

Przystępującego może być rażąco niska. Globalna cena ERBUD jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10) o 15,85 % oraz o 27,54 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Jest również niższa o ponad 30 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT po jej aktualizacji przez Zamawiającego po wszczęciu postępowania. Jakkolwiek zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 2 Pzp w tym ostatnim przypadku Zamawiający ma prawo, a nie obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny całkowitej oferty, to w przedmiotowym postępowaniu wystąpienie tak znacznej różnicy powinno było, w połączeniu z pozostałymi okolicznościami, wywołać u Zamawiającego podejrzenie, że kwestionowana istotna część składowa ceny może być rażąco niska.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności, a w tym już sam fakt zaoferowania przez Przystępującego w istotnym zakresie zamówienia stawek na poziomie 0 zł, powodują, że Zamawiający był zobowiązany do żądania od niego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyzerowanych pozycji kosztorysowych. Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający nie zwrócił się także do Przystępującego o wyjaśnienie powodu zaoferowania w części pozycji kosztorysowych cen jednostkowych w wysokości 0 zł lub - ogólnie - zastosowanego sposobu wyliczenia ceny, w ramach którego ERBUD de facto pominął wycenę istotnego zakresu zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był w tym zakresie co najmniej skorzystać z dyspozycji przepisu art. 223 ust. 1 Pzp. Ze względu na to, że dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Przystępującego i zawarcie na jej podstawie umowy o zamówienie publiczne bez jej uprzedniego wyjaśnienia mogłoby mieć doniosłe konsekwencje dla Zamawiającego (niezależnie od możliwości uznania, że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia), zwrócenie się do Przystępującego z wezwaniem do jej wyjaśnienia stanowiło obowiązek Zamawiającego. Za szczególnie istotne należy bowiem uznać to, że Zamawiający przewidział w ramach udzielanego zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe. Ostateczna wartość tego wynagrodzenia zostanie zatem dopiero ustalona na etapie realizacji zamówienia i będzie zależna od rzeczywistego zakresu robót: faktycznie wykonane ilości robót będą rozliczane na podstawie stawek wynikających z kosztorysu ofertowego. W najlepszym interesie Zamawiającego jest zatem to, by upewnić się, że poszczególne stawki kosztorysowe zostały skalkulowane prawidłowo, tj. z uwzględnieniem wszystkich koniecznych kosztów realizacji zamówienia. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że taka wiedza będzie niezbędna dla Zamawiającego w celu prawidłowego rozliczenia wykonywanych robót. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że istotny charakter poszczególnych stawek kosztorysowych stanowi jedną z okoliczności świadczących o tym, że wyzerowane pozycje powinny być traktowane przez Zamawiającego jako istotna część składowa ceny, co do której Zamawiający powinien

być powziąć wątpliwości w zakresie możliwości uznania jej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rezygnacja przez Zamawiającego z wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień wydaje się tym bardziej niezrozumiała, że w dniu 10 sierpnia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do ERBUD z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 66 d.9 (czas pracy rusztowań grupy), tj. pozycji, w której ERBUD nie przedstawił żadnej stawki cenowej. Znamienne jest to, że Zamawiający sformułował w tym wezwaniu gotową odpowiedź - udzielenie wyjaśnień polegało zatem wyłącznie na potwierdzeniu miejsca (pozycji) wyceny tego zakresu prac, które zostało wskazane przez Zamawiającego. Skoro zatem Zamawiający zwrócił się do ERBUD z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących tej pozycji kosztorysowej, konsekwentnie powinien był również dążyć do wyjaśnienia czy - i ewentualnie w jakich pozycjach kosztorysowych i w jakiej wysokości - ERBUD uwzględnił koszty wykonania wyzerowanych cen jednostkowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp decyzja o ewentualnym wezwaniu do wyjaśnień w zakresie cen częściowych ofert została - co do zasady - pozostawiona Zamawiającemu. To Zamawiający decyduje, czy określone ceny częściowe budzą jego wątpliwości, zatem to Zamawiający jest uprawniony zadecydować o skierowaniu stosownego wezwania do wykonawcy. Wyjaśnił, że nie miał takiej wątpliwości w odniesieniu do poszczególnych elementów ceny oferty Przystępującego, jak też cena nie wydawała się rażąco niska w związku z analizą wartości otrzymanych ofert, które przedstawiają się następująco:

1. Mostostal Puławy S.A. - 44 244 432,40 zł.
2. ERBUD S.A. - 35 923 801 zł.
3. MAX-BUD G. P. - 47 287 691,55 zł.
4. WOJTPOL T. W., Z. K. sp. j. - 37 980 159,03 zł.
5. Warbud S.A. - 36 932 698,52 zł.
6. EBS BUD Sp. z o.o. - 48 000 317,64 zł.

Zamawiający wyjaśnił, że po sprawdzeniu wszystkich kosztorysów ofertowych w zakresie zgodności z SWZ i poprawieniu omyłek zostały odrzucone trzy oferty, a trzy nie podlegały odrzuceniu i wartościowo przedstawiają się jak poniżej:

1. ERBUD S.A. - 35 923 813,31 zł.
2. MAX-BUD G. P. - 47 273 055,97 zł.
3. EBS BUD Sp. z o.o. - 47 953 193,04 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi 43 716 687,44 zł. Cena całkowita wybranej oferty tj. Przystępującego jest niższa o

17,83% od średniej arytmetycznej, w związku z tym, Zamawiający nie zwrócił się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że ustawodawca wyraźnie powyższe wątpliwości, czy ceny wydają się rażąco niskie, powiązał bezpośrednio z możliwością wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W dokumentach zamówienia, a konkretnie w SWZ w pkt 21.9, Zamawiający wprost wskazał, że brak podania wartości w konkretnej pozycji kosztorysu będzie oznaczać, że:

1) Wykonawca i tak wykona te pozycje, te roboty w trakcie wykonania umowy, ponieważ Wykonawca, składając ofertę, zgodził się na zakres robót,

2) pozycja ta nie będzie odrębnie obliczana dla wyliczenia wynagrodzenia do zapłaty, a dotyczy to każdej sytuacji, kiedy Wykonawca nie podał wartości dodatniej w tej pozycji, czyli też, kiedy wpisał zero lub nic nie wpisał.

Zamawiający zwrócił też uwagę, że wobec takiego zapisu pkt 21.9 SWZ oraz z uwagi, że zapis dotyczy wynagrodzenia, bez znaczenia dla i zakresu robót oraz wyliczenia wynagrodzenia jest kwestia czy wykonawca w ofercie wpisał zero lub też nic nie wpisał w danej pozycji. Z punktu widzenia rozliczeń stron, wpis zero lub brak wpisu skutek ma taki sam. Ponadto brak jest w SWZ zapisów, zgodnie z którymi Zamawiający wprost przewidywał, że w razie braku wyceny pozycji lub wpisania zero, oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu.

Tym samym Zamawiający wskazuje, że jego wolą od początku postępowania było, aby w razie braku podania wartości w pozycji kosztorysowej czy też podania wartości zero, nie zachodziła potrzeba odrzucenia oferty Wykonawcy za takie wpisy, przyjmując, że i tak Wykonawca to wykona w ogólnym rozliczeniu umowy.

W związku z tym nie sposób uznać, zdaniem Zamawiającego, że Przystępujący pominął jakiś element wyceny stanowiący istotny zakres zamówienia w związku z zapisem SWZ 21.9, który brzmi: „Wykonawca wypełni wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót. Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót”.

Zamawiający wskazał także, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowodu co do zarzutu przez niego podniesionego na tle art. 224 ust. 1 Pzp. Odwołujący w tym zakresie w odwołaniu nie podniósł żadnych argumentów co do żadnej przesłanki z art. 224 ust. 1 Pzp. Poprzestał tylko na stwierdzeniu, że Zamawiający naruszył w jego ocenie zapis art. 224 ust. 1, ponieważ nie wezwał. Sam fakt braku wezwania przez Zamawiającego, nie spełnia wymogu wykazania przez Odwołującego zasadności jego zarzutu, zwłaszcza przy takim brzmieniu tej normy prawnej. Zamawiający stwierdził, że działając zgodnie z zasadami

uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców sprawdził kosztorysy ofertowe wszystkich 6 oferentów w zakresie zgodności z zapisami SWZ.

Końcowo Zamawiający wskazał, porównując ofertę Odwołującego z ofertą Przystępującego w zakresie wartości robót w poszczególnych kosztorysach wynika, że oferta Odwołującego jest tańsza w 7 kosztorysach (kosztorys nr VI, VII, XI, XIII, XIV, IIIa i Xa) na łączną wartość 1 814 469,35 zł. Natomiast oferta ta łącznie jest droższa od oferty Przystępującego, aż o 11 363 889,56 zł. Przy całej wartości inwestycji jest to różnica aż 31,63%.

Ponadto zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego zmierzają także do podważenia zapisów SWZ, w tym zapisów dotyczących rozliczenia inwestycji w formie obmiarowej. Zamawiający świadomie przyjął rozliczenie inwestycji w formie obmiarowej tj. kosztorysowej tzw. ryczałtowo — ilościowej w związku z tym, że Wykonawca otrzyma zapłatę za taką ilość robót, jaka jest faktycznie do wykonania. W przypadku zaistnienia faktycznie stwierdzonych rozbieżności w trakcie realizacji robót różnice będą korygowane przy ostatecznym rozliczeniu robót. Mogą one spowodować zmianę ostatecznej wartości ceny umownej. Dlatego przy zawieraniu takiego typu umowy Zamawiający zabezpiecza odpowiednią rezerwę w preliminarzu kosztów inwestycji pozwalającą na ewentualne pokrycie zwiększonych kosztów robót. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy może okazać się wyższe lub niższe od ceny wpisanej do umowy, w zależności od rzeczywiście wykonanych i potwierdzonych przez zarządzającego realizacją umowy ilości poszczególnych robót. Ryzyko przy umowach obmiarowych rozłożone jest na Zamawiającego i Wykonawcę. W związku z tym zarzuty Odwołującego się w tym zakresie są już spóźnione, jako wniesione po terminie.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do innej pozycji, to zamawiający wskazuje, że wezwał on tego wykonawcę do wyjaśnienia poz. 66.d 9 „czas pracy rusztowań grupy (poz. 58, 59, 60, 61, 62, 63)” z zapytaniem, czy czas pracy rusztowań został uwzględniony w wycenie pozycji od 58 d.9 do poz. 63 d.9. w związku z tym, że w kolumnie cena nie została wpisana wartość 0 zł. Na tle całości oferty ERBUD, a zwłaszcza wpisów wartości 0, co świadczy, że ERBUD te pozycje na pewno poddał wycenie, to brak wpisu w tej pozycji wymagał właśnie sprawdzenia przez Zamawiającego, co do tego, czy na pewno ERBUD te pozycje wycenił. Zamawiający nie sformułował w tym wezwaniu gotowej odpowiedzi, nie wskazywał, jaka ma być odpowiedź, tylko przytoczył zapis ujęty w kol. Opis. z poz. 66. d.9.

W piśmie procesowym z dnia 20 września 2021r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że Zamawiający w SWZ dopuścił wskazywanie „zero” złotych w pozycjach kosztorysowych. W szczególności Zamawiający w pkt 21.9. SWZ wskazał, że „Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po

wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót.". Podobnie w Zał. 13 do SWZ, w Uwagach zawarte zostało zastrzeżenie, że „Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót.". Zapis „Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót” oznacza, zdaniem Przystępującego, że Zamawiający ustalił i przewidział, iż w przypadku wskazania „zera” złotych w konkretnej pozycji kosztorysowej, takie roboty zostały wycenione w ramach innych pozycji kosztorysowych, a w przypadku braku takiego wycenienia, że stanowi to ryzyko wykonawcy. W takich okolicznościach całkowicie zbędne i nieuprawnione jest wymaganie, aby Zamawiający dokonywał w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień w przypadku wskazania kwoty „zero” złotych w konkretnej pozycji kosztorysowej. Wyjaśnił, że wskazując „zero” złotych w konkretnych pozycjach kosztorysowych zachował się w sposób możliwy i dopuszczalny przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym. Z tego względu nieuprawnione jest kierowanie w tym zakresie przez Odwołującego jakichkolwiek zarzutów względem Przystępującego. W przypadku natomiast, jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek zastrzeżenia w kwestii dopuszczenia przez Zamawiającego do wskazania „zero” złotych w pozycjach kosztorysowych, to powinien był to kwestionować na etapie właściwym do zaskarżenia konkretnych zapisów SWZ i dokumentacji przetargowej. Aktualnie stawianie przez Odwołującego wskazanych zarzutów jest spóźnione, albowiem Przystępujący wypełnił kosztorysy w sposób dopuszczony przez Zamawiającego. Przystępujący zwrócił także uwagę, że również inni wykonawcy składający oferty w postępowaniu przetargowym, wskazywali „zero” złotych w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. W szczególności uczynili to także Wykonawcy WARBUD S.A. i WOJTPOL T. W., Z. K..

Zdaniem Przystępującego, w przedmiotowej sprawie nieuprawnione jest domaganie się przez Odwołującego przeprowadzenia przez Zamawiającego badania co do rażąco niskiej ceny. W sprawie nie występują bowiem żadne okoliczności obligujące Zamawiającego do przeprowadzenia takiego badania. Co istotne, pośrednio wynika to nawet z treści samego odwołania. Przystępujący zwraca uwagę, że jego cena ofertowa (35.923.801,99 zł) jest zbliżona kwotowo do cen ofertowych zaproponowanych przez innych wykonawców (WARBUD S.A. - 36.932.698,52 zł; WOJTPOL T. W., Z. K. - 37.980.159,03 zł). Badania ceny ofertowej Przystępującego nie uzasadnia również różnica do średniej arytmetycznej złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu z mocy art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, albowiem cena ofertowa Przystępującego stanowi ok. 84 % wskazanej średniej arytmetycznej. Badania ceny ofertowej Przystępującego nie uzasadnia także różnica do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem

postępowania, albowiem cena ofertowa Przystępującego stanowi ok. 72 % wskazanej wartości zamówienia. Wywodzenie więc przez Odwołującego konieczności badania rzekomego występowania rażąco niskiej ceny z różnic w pojedynczych pozycjach kosztorysowych czy też z „zerowych” pozycji kosztorysowych jest nieuzasadnione, albowiem wykonawcy w przedmiotowej sprawie mieli swobodę kształtowania cen konkretnych pozycji kosztorysowych i możliwość potencjalnego ujmowania w nich robót z innych pozycji kosztorysowych, a nadto Zamawiający przewidział i dopuścił możliwość występowania kwot „zerowych” w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. W tych okolicznościach porównywanie cen jednostkowych z konkretnych pozycji kosztorysowych nie jest ani miarodajne ani uzasadnione, tym bardziej, że w odniesieniu do całościowej ceny ofertowej nie zachodzą przesłanki obligujące Zamawiającego do przeprowadzenia wskazanego badania. Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący prezentując wskazaną metodologię działania całkowicie ignoruje to, że Przystępujący inne ceny jednostkowe ma na odpowiednio wyższym poziomie od innych wykonawców, w efekcie czego cena ofertowa Przystępującego jest ceną zbliżoną do co najmniej dwóch kolejnych cen ofertowych (WARBUD S.A. i WOJTPOL T. W., Z. K.). Przystępujący stwierdził, że Odwołujący sugeruje rzekome występowanie rażąco niskiej ceny z pojedynczych cen jednostkowych, jednak zauważyć należy, że w istotnej części wskazane wywody w ogóle nie dotyczą branż stanowiących istotne elementy składowe ceny (przykładowo „Wyposażenie Meblowe” - kosztorys ofertowy nr 4 czy „Architektura - dodatkowy” - kosztorys ofertowy nr 15), a w części wskazywanych przez Odwołującego branż ceny Przystępującego nawet nie są najniższe (przykładowo „Architektura” - kosztorys ofertowy nr 1, gdzie cena branży Przystępującego jest dopiero trzecią najniższą ceną, czy „Instalacja grzewcza i chłodnicza” - kosztorys ofertowy nr 6 gdzie cena branży Przystępującego jest dopiero piątą najniższą ceną).

Ponadto, Przystępujący stwierdził, że całkowicie nieuprawnione i chybione jest wywodzenie przez Odwołującego, jakoby w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego rzekomo w każdej sytuacji przedstawiony kosztorys musiał bezwzględnie zawierać wskazane wszystkie ceny jednostkowe w kwotach wyższych niż „zero” złotych.

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 nie zasługiwało na uwzględnienie, w związku z czym zostało oddalone.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, a także z dowodów przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie. Izba ustaliła także, że podane przez strony postępowania informacje odnośnie cen złożonych ofert oraz wskazywane szacunkowe kwoty odpowiadają informacjom wynikającym z dokumentacji postępowania.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba ustaliła dodatkowo:

Zamawiający w SWZ ustalił:

„3.18. Wykonawca dołączy do oferty: Kosztorysy ofertowe skrócone opracowane na podstawie przedmiarów robót. (Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji przedmiarów przez oferentów. Kosztorysy skrócone należy wykonać w oparciu o przedmiary robót. Nie narzuca podstawy wyceny pozycji kosztorysowych).

- Zestawienie do każdego kosztorysu ofertowego:

- a) roboczogodzin (ilość roboczogodzin i cena jednostkowa w zł/r-g),
- b) sprzętu (ilość i cena jednostkowa zł/m-g),
- c) materiałów i urządzeń (ilość i cena jednostkowa).

- Zestawienie kosztorysów ofertowych.

(...)

3.21. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy.

(...)

21.8 Cena jednostkowa opisanej pozycji kosztorysowej winna zawierać koszty bezpośrednie (R, M, S), roboty towarzyszące i wszystkie narzuty (Kp; Kz; Z) - bez VAT.

21.9 Wykonawca wypełni wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót. Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót."

21.10 Ceny jednostkowe winny obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w szczególności koszty, które wykonawca pokryje we własnym zakresie (...)."

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego 224 ust. 1 Pzp rozstrzygnięcia Izby wymagała okoliczność, czy w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie w jakim Przystępujący w kosztorysach uproszczonych wskazał cenę jednostkową w kwocie 0 zł.

Uwzględniając zaprezentowane przez strony postępowania odwoławczego stanowiska i dowody Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że po stronie Zamawiającego takie wątpliwości winny powstać, a ponadto uznała, że Zamawiający wykazał zasadność nieskorzystania przez niego w procedury wynikającej z art. 224 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie powyższym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przedmiotowej sprawie nie było sporne między stronami, że w rozpoznawanej sprawie cena całkowita oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Odnosząc się więc do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa,

według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Podkreślenia wymaga również, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążała – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności. Rozpatrując jednak powyższą kwestię należy mieć na uwadze przytoczone wyżej postanowienia SWZ, a przede wszystkim postanowienie punktu 21.9 SWZ, w którym Zamawiający dopuścił sytuację braku wyceny w kosztorysie danej pozycji, a także w którym Zamawiający wprost przyjął założenie, że uzna, iż pominięte pozycje zostały pokryte przez inne ceny wskazane w danym kosztorysie. Izba stwierdziła ponadto, że skoro Zamawiający dopuścił możliwość pominięcia w kosztorysie wyceny danej pozycji, to wykonawcy mieli również możliwość wyceny pozycji w kwocie 0 zł. W SWZ Zamawiający bowiem nie zawarł zakazu wyceny pozycji kosztorysowej w taki sposób.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający poprzez postanowienie punktu 21.9 SWZ umożliwił wykonawcom przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu lub też zagregowanie kosztów kilku pozycji w innych pozycjach, w sposób całkowicie dowolny.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania części składowych ceny, w pozycjach w których Przystępujący jako cenę podał 0 zł. Odwołujący wskazywał, że łączna suma „wyzerowanych” pozycji stanowi istotną część składową ceny. Izba stwierdziła jednak, że samo wywodzenie przez Odwołującego, na podstawie kosztorysów złożonych przez pozostałych wykonawców, że wyzerowane pozycje w kosztorysie ERBUD są istotną częścią składową ceny, jest błędne. Nie sposób bowiem uznać, że wskazanie ceny 0 zł w kilku pozycjach poszczególnych kosztorysów powoduje, przy uwzględnieniu zapisu 21.9 SWZ, że cena łączna za wykonanie danego elementu zamówienia, której kosztorys dotyczy jest rażąco niska. Odwołujący winien wykazać, że sposób wyceny przez Przystępującego poszczególnych pozycji w kosztorysach uniemożliwił mu zrealizowanie tego etapu robót budowlanych, czy też ich konkretnego zakresu. Takich argumentów jednak Odwołujący nie postawił. Co więcej zauważyć należy, że jak wynika z dowodu Przystępującego „Budowa hali widowiskowo-sportowej w Dęblinie – zestawienie kosztorysów ofertowych” pomimo wyzerowania poszczególnych pozycji w kosztorysach to i tak ceny wynikające z

poszczególnych kosztorysów nie były u Przystępującego najniższe. W konsekwencji okoliczność wyzerowania niektórych pozycji kosztorysów nie może potwierdzać zasadności postawionego zarzutu. Zauważyć ponadto należy, że Przystępujący na rozprawie przedłożył dowód (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) z którego wynika, że np. pomimo wyzerowania pozycji 16 d.2. kosztorysu nr 1 „architektura” to w związku z zapisem pkt 21.9 SWZ koszty dotyczące tej pozycji wycenił on w pozycjach 95 d12 do 99 d12 działu 12 kosztorysu nr 1 „Architektura”.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący – wbrew ciążącemu na nim obowiązki – nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał bowiem, że wyzerowanie niektórych z pozycji kosztorysu może wpłynąć na to, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest zagrożona i może skutkować dla wykonawcy stratą. Wobec braku wykazania przez Odwołującego ich istotnego znaczenia wynikającego z innych niż wartość okoliczności, należy uznać, że zarzuty odwołania nie mogły być uznane za zasadne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechania wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie przyczyny wyzerowania pozycji to wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących oferty bądź też innych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne lub budzą wątpliwości interpretacyjne Zamawiającego. Skorzystanie z powyższego uprawnienia umożliwia więc Zamawiającemu ocenę, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez niego w postępowaniu. Istotne jest jednak to, że aby skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia, czy złożona oferta jest zgodna z SWZ.

Uwzględniając powyższe, a także ustalone w niniejszym postępowaniu brzmienie postanowień SWZ i stanowiska zaprezentowane przez strony, Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniały okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wzywania ERBUD do złożenia wyjaśnień co do przyczyn wyzerowania poszczególnych pozycji kosztorysu. Powtórzyć ponownie należy, że Zamawiający dopuścił taki sposób wypełnienia kosztorysów ofertowych, a więc uznać należy, że skoro Przystępujący zastosował się do zapisów SWZ dotyczących sporządzania kosztorysu i uczynił to w sposób nienaruszający ww. postanowienia to brak jest podstaw żądania przez Zamawiającego od Przystępującego złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: