

**WYROK**

**z dnia 7 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02 października 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o.o. ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy ul. Grębałowska 23/25, 01-808 Warszawa** przy udziale wykonawcy **Firma Usługowo-Handlowa „Hosta” ul. Płochocińska 35 03-044 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych wpłaconych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
  - zasądza od odwołującego ROKOM Sp. z o.o. na rzecz zamawiającego Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

**UZASADNIENIE**

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy ul. Grębałowska 23/25, 01-808 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia pn. Wykonanie robót budowlanych na terenie zarządzanym przez ZGN w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy polegających: Część 1: na remoncie chodników przy budynkach ul. J. Kasprowicza 52, ul. E. Schroegera 75/79; Część 2: na remoncie chodników przy budynku ul. J. Kasprowicza 88 Sven, postępowania: 36/KT/2Q20/W.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych Ogłoszenie nr 567095-N-2020 z dnia 2020-07-28 r.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie obu części postępowania i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa Hosta ul. Płochocińska 35, 03-044 Warszawa, zwany dalej „przystępującym lub „Hosta”. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca ROKOM Sp. z o.o. ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu

- zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
- zaniechaniu odrzucenia oferty pomimo jej niezgodności z SIWZ,
- nieuprawnionym poprawieniu omyłki w treści oferty,

Wskazał, że powyższe zaniechania zamawiającego stanowią naruszenie w zakresie obydwu częściach postępowania:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hosta pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hosta pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, przy naruszeniu przez Zamawiającego art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 Pzp,
3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w obydwu częściach postępowania

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w obydwu częściach postępowania wykonawcy Hosta jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Hosta z postępowania,

3. powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów podał, że zgodnie z SIWZ, Rozdział 15 OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT

15.6 *Oferta musi zawierać co najmniej:*

15.6.1 *wypełniony formularz „Oferta”, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ;*

15.6.2 *kosztorys ofertowy*

Zgodnie z Rozdziałem 17 SIWZ - OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY OFERTY

17.5 *Wykonawca określi wszystkie ceny zgodnie z Formularzem „Oferta” — Załącznik nr 3 do SIWZ.*

17.6 *Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu „Oferta” zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom.*

17.7 *Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należnej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Istotne postanowienia umowy - potwierdzono przyjęcie formy rozliczenia kosztorysowego zamówienia. Nadto dodał, że za wykonany i odebrany przedmiot zamówienia, określony w §1 wykonawca otrzyma wynagrodzenie ustalone na podstawie kosztorysu powykonawczego oraz oferty.*

Tym samym zdaniem odwołującego ulega wątpliwości, że w postępowaniu przyjęto rozliczenia robót metodą rozliczenia kosztorysowego i konsekwentnie na potrzeby wyceny oferty obowiązkiem wykonawców było obliczenie ceny oferty przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego. Jak wynika z powyższych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego oczekując obliczenia i prezentacji cen jednostkowych kosztorysu. Zgodnie z powołanymi fragmentami SIWZ zamawiający poza wymogiem obliczenia ceny ofertowej i złożenia kosztorysu, przewidział wprost sposób rozliczenia robót stanowiących przedmiot zamówienia przy zastosowaniu tego kosztorysu.

Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Hosty podał, że trakcie procedury otwarcia ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia wskazując odpowiednio dla poszczególnych części zamówienia na kwoty 304 192,83 PLN i 315 372,42 PLN. Podał, że cena zaoferowana przez przystępującego oscylowała w granicach 50% kwot wskazanych przez zamawiającego i tym samym przystępujący został wezwany do wyjaśnienia domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Według odwołującego szczególnego wyjaśnienia wymagały ceny nierynkowe i nie uwzględniające faktycznych kosztów w zakresie wyceny sprzętu, jaki wykonawca zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia.

Przyjęte w ofercie Wykonawcy Hosta stawki pracy za sprzęt typu samochód samowładowczy do wywozu ziemi z wykopów i gruzu z rozbiórek są skrajnie zaniżone i potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Zgodnie z kosztorysem ofertowym wykonawca Hosta oferuje realizację zamówienia przy tego rodzaju pojazdach przy cenie 25 zł/godzinę. Uwzględniając fakt, że do pracy samochodu jest konieczny kierowca/operator, z minimalną chociażby stawką roboczogodziny 17 zł w ofercie Hosta (zazwyczaj stawka operatora/kierowcy jest wyższa), to pozostałe 8 zł nie pozwala nawet na zakup niezbędnego paliwa (w ciągu godziny pracy samochód ciężarowy spala nawet kilkanaście litrów paliwa), nie mówiąc już o pozostałych kosztach pracy tego samochodu (typu konserwacje, ubezpieczenie OC, niezbędne naprawy, ewentualnie amortyzacja).

Analogicznie w przypadku przyjętych w ofercie wykonawcy Hosta stawek rozliczeniowych za pracę sprzętu typu koparko-ładowarka, samochód dostawczy do 0,9t na poziomie 20 zł/godzinę. W każdym z tych sprzętów jest konieczna obsługa kierowcy/operatora, z minimalną chociażby stawką roboczogodziny (przyjmując 17zł chociaż w przypadku operatorów sprzętu/kierowców stawki jak w przypadku samochodów samowładowczych są wyższe) to pozostałe 3 zł nie pozwala nawet na zakup jednego litra paliwa, nie mówiąc już o pozostałych kosztach pracy tych sprzętów (typu konserwacje, ubezpieczenie OC, niezbędne naprawy, ewentualnie amortyzacja). W ocenie Odwołującego są to stawki nierealne, skrajnie zaniżone i poniżej jakichkolwiek kosztów, jakie ponosi wykonawca. Wykonawca wskazał wyłącznie w treści wyjaśnień, że z uwagi na dysponowanie własnym sprzętem do realizacji przedmiotu umowy nie będzie ponosił kosztów zakupu jak również amortyzacji urządzeń niezbędnych do wykonania umowy. Fakt posiadania własnego sprzętu jest niewątpliwie atutem po stronie wykonawcy, gdyż czynnik ten pozwala obniżyć koszty oferty w porównaniu z innymi firmami, które musiałyby przeznaczyć dodatkowe środki pieniężne na wynajem lub zakup wynajmowanego sprzętu. Jednakże sam fakt dysponowania sprzętem, jak zapewnia w wyjaśnieniach wykonawca Hosta, nie powoduje, że koszty jego pracy i eksploatacji mogą być na poziomie jak w kosztorysie ofertowym. Jak wynika z dokumentacji postępowania przedstawione przez wykonawcę - wycena ofertowa pracy sprzętu zawarta w kosztorysie ofertowym wzbudziły wątpliwości samego zamawiającego, który w konsekwencji pismem z dnia 1.09.2020 roku wezwał ponownie wykonawcę Hosta do dodatkowych wyjaśnień w powyższym zakresie. Podał, że wykonawca Hosta w wyjaśnieniach z dnia 3.09.br. zamiast wyjaśnić źródła na podstawie których dokonał wyliczenia stawek kosztorysowych zastosowanych do obliczenia ceny oferty (zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień i uszczegółowienia cen jednostkowych pracy sprzętu) stwierdził, że wysoki koszt robocizny przy pracach rozbiórkowych i wywozach minimalizuje te koszty stosując sprzęt szczególnie przystosowany

do tego typu prac m.in. poprzez doposażenie koparek w młoty hydrauliczne różnej wydajności oraz szeregu rodzajów łyżek podsiębirnych. Wyjaśnienia całkowicie pomijają istotę wezwania - brak podstaw do kalkulacji wyceny pracy sprzętu na tak niskim poziomie. Wykonawca Hosta zamiast oczekiwanych wyjaśnień poziomu stawek sprzętu - w szczególności samochodów samowyladowczych czy koparko-ładowarek bądź samochodów dostawczych na poziomie 20/25 zł za motogodzinę, wyjaśnia sposób pracy mini-koparek. Jednakże zdaniem odwołującego te wyjaśnienia są całkowicie niewiarygodne i pozbawione jakichkolwiek dowodów. Dodał, że wymaga podkreślenia kwestia, iż celem składanego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego było wykazanie sposobu kalkulacji ceny ofertowej przy uwzględnieniu wszystkich kosztów jakie ponosi wykonawca - w tym w szczególności pracy wyszczególnionego ciężkiego sprzętu. Kosztorys i wyjaśnienia w żaden sposób nie dowodzą, że stawki pracy sprzętu są realne i uwzględniają choćby faktyczne koszty, jakie ponosi wykonawca posługując się nimi przy realizacji zamówienia.

Wycena ofertowa została zaniżona na poziomie ponad 50% w stosunku do wartości zamawiającego i ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert i taka rozbieżność obligowała wykonawcę do przedstawienia konkretnych dowodów na przyjęte kalkulacje i ich realność i rynkowy charakter. Dowodów takich brak z prostej przyczyny - przyjęte koszty pracy sprzętu uniemożliwiają przedstawienie sposobu ich kalkulacji - inaczej mówiąc wykonawca nie mając żadnych argumentów do wykazania komponentów i źródeł wyceny usiłuje udowodnić, że koszty pracy sprzętu faktycznie ujął w bliżej nie określonych pozycjach i kosztach. Koszty pracy sprzętu są zaprezentowane w kosztorysie w konkretnym miejscu i w konkretny sposób oraz dotyczą konkretnego sprzętu koniecznego do realizacji zamówienia.

Zauważył, że prezentowane w ofercie Hosta i wyjaśnieniach koszty pracy sprzętu mają charakter sztuczny co potwierdzają jednolite, mechanicznie podane przez wykonawcę uniwersalne stawki.

Również w zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny wskazał, że wycena podana w kosztorysie faktycznie pomija całkowicie istotny element kosztotwórczy w postaci narzutów na koszty zakupu materiałów na potrzeby wykonania zamówienia. Wycena pomija jakkolwiek narzut na Koszty zakupu materiałów bowiem trudno uznać go za realny na poziomie 0% i to dla każdej pozycji kosztorysu. Tym samym skoro kosztorys w kalkulacji ceny pomija całkowicie ponoszone faktycznie narzuty, to cena ofertowa ich nie uwzględnia, co stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Podkreślił, że kwestii tej nie wyjaśnia informacja przystępującego, tj. zapewnienia o posiadaniu 100% zmagazynowanych materiałów do realizacji przedmiotowego zamówienia. Za nieprawdopodobne uznać należy,

że wykonawca posiada już na stanie magazynowym wszystkie materiały, które są objęte przedmiotem aktualnego przetargu.

Stwierdził, że w ocenie odwołującego pominięcie w wycenie kosztów zakupu materiałów stanowi kolejny dowód na niedoszacowanie oferty, a wręcz pominięcie w niej faktycznie ponoszonych kosztów. Dodatkowo podkreślił, że w przypadku rozliczenia kosztorysowego to właśnie stawki jednostkowe będą podstawą do rozliczenia kontraktu. Analogicznie jak w przypadku wyceny pracy sprzętu, tak w przypadku materiałów pominięcie kosztów zakupu skutkować musi uznaniem wyceny za nieprawidłową i zaniżoną.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, podał, że zamawiający wymagał od wykonawców dokonania w treści kosztorysu ofertowego wyceny kosztów transportu przy uwzględnieniu odległości ich wywozu 30 km (Pozycje 5, 9, 11, 27, 31, 33 w zakresie części 1 dla obiektu Kasprowicza 52; Pozycje 6, 10, 12, w zakresie części 1 dla obiektu Schroegera 75/79 (dwa kosztorysy w części 1), pozycje 7, 12, 14 w zakresie części 2 dla obiektu Kasprowicza 88 (jeden kosztorys w części 2)). Wycena kosztorysowa oferty wykonawcy Hosta zawiera niedozwoloną modyfikację w zakresie przyjętej odległości kalkulacyjnej transportu. Przy kosztorysowym wynagrodzeniu, a taki został przyjęty przez zamawiającego, doprowadziło to faktycznie do nieporównywalności ofert. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie przyjętej trasy dla wyliczenia kosztów transportu, przystępujący podał odległości niezgodne z faktyczną odległością bazy przy ul. Płochocińskiej 35 z terenem budowy - odległości 10 i 12 km (wykonawca podał i wycenił w ofercie oraz podtrzymał w wyjaśnieniach odległość 7 km). Tymczasem zgodnie z ofertą wykonawcy to wartość 7 km uwzględniono w kosztorysach i dla takiej odległości przyjęto nakłady samochodów dla wywozu gruzu z rozbiórek.

Zamawiający pomimo takich wyjaśnień dokonał w dniu 4.09.2020 roku, działając na podstawie art 87 ust. 2 ustawy Pzp czynności poprawienia innej omyłki w ofercie polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uznał, że ta poprawa nie powoduje istotnych zmian w treści oferty tj. zmienił odległość wywiezienia gruzu i ziemi w obu częściach z 7 km na 30 km. Stwierdził, że przedmiotowa zmiana była niedopuszczalna, gdyż to wykonawca wie, jak dokonał wyceny oferty i w jaki sposób oraz co zostało wycenione w ofercie/kosztorysie. Tymczasem zamawiający zastąpił w tym zakresie wykonawcę i wbrew jednoznacznej deklaracji wykonawcy zmienił przedmiot i sposób wyceny jego oferty. Dokonana zmiana powodowała zmianę oferty w sposób istotny. W ocenie odwołującego czynność poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp (a w konsekwencji art 87 ust 2 pkt 2 Pzp) gdyż przystępujący potwierdził w wyjaśnieniach, że odległość przyjęta w kosztorysie była podana przez niego w sposób świadomy i celowy i odzwierciedlała rzeczywistą wolę wykonawcy. W tej sytuacji, skoro nie ma mowy o omyłce w

treści oferty wykonawcy, to w konsekwencji za niedozwolone uznać należy dokonanie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 Pzp przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe w ocenie odwołującego oferta wykonawcy Hosta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, a czynność jej poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 była dokonana z naruszeniem Pzp i jako taka wadliwa.

**Zamawiający** nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, lecz w krótkim stanowisku przedstawionym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, uznając, że podniesione zarzuty są niezasadne. Zwrócił uwagę na fakt, że przystępujący wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, złożył zamawiającemu bardzo obszerne ponad 100 stronicowe wyjaśnienia poparte fakturami i innymi dowodami (z których część została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) w oparciu o które zamawiający uznał, że pomimo zaoferowania niskiej ceny ofertowej to wykonawca za podaną kwotę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Nadto dodał, że ten wykonawca realizował już dla zamawiającego podobne prace i nigdy nie było problemów co do terminowości i prawidłowości wykonanych robót. Odnośnie kosztów zakupu materiałów podał, że treść wyjaśnień przystępującego wskazywała na to, że wykonawca posiada swój sprzęt, posiada materiały niezbędne do wykonania tego zamówienia w większości już na placu magazynowym, tym samym zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować te wyjaśnienia. Ponadto dodał, że odwołujący nie wskazał dowodów przeciwnych, a kwestionuje tylko i to niezasadnie niektóre pozycje kosztorysu.

Przystępujący do postępowania wykonawca ROKOM sp. z o.o. w pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Odnosząc się do podniesionych zarzutów podał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca złożył zamawiającemu ofertę zawierającą kompletny kosztorys ofertowy, przedstawiający szczegółową kalkulację cen jednostkowych. Kosztorys został sporządzony zgodnie z obowiązującymi standardami kosztorysowania.

Podał, że wskazane przez odwołującego relacje cenowe wobec kwot podanych przez zamawiającego i średniej arytmetycznej są błędne, gdyż odwołujący błędnie wskazał, jakoby wycena ofertowa miała zostać „zaniżona” na poziomie 50% w stosunku do wartości podanej przez Zamawiającego i ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofertowych, bowiem w rzeczywistości, różnice cenowe ofert kształtowały się na odmiennych poziomach- biorąc pod uwagę poprawę przez zamawiającego omyłki w kosztorysie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego w zakresie ceny oferty podał, że odwołujący na stronie 12 odwołania tworzy nieprawdziwe wyobrażenie pisząc o 20 zł kosztu pracy sprzętu ukrywając w odwołaniu, iż do cen zdecydowanej większości rodzajów sprzętu nie wnosi zastrzeżeń, a nawet sam wycenił niektóre taniej. Analiza cen jednostkowych

samochodu samowyładowczego i koparko-ładowarki, które przekładają się na składnik ceny na poziomie 11,54 % ceny oferty nie stanowi podstawy do uznania ceny całej oferty, jako rażąco niskiej. Tym bardziej, iż różnica w cenie oferty najkorzystniejszej i kolejnej wynosi około 130.000,00 zł, zaś o tej różnicy nie decyduje różnica cen pracy samochodu samowyładowczego oraz koparko-ładowarki.

Dla potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny oferty podał, że o tym czy dany sprzęt posiada obsługę etatową, informuje w kosztorysie liczba w nawiasie przy opisie sprzętu (odpowiednio 1 - jedna osoba, 2 - dwie osoby, 3 - trzy osoby), jej brak świadczy o sprzęcie bez obsługi etatowej. Sprzęt, który nie wymaga obsługi etatowej, jest obsługiwany przez brygadę roboczą, a nakład pracy związany z obsługą tego sprzętu jest uwzględniony w nakładach rzeczowych robocizny dla danej roboty.

Nawet w kosztorysie ofertowym odwołującego, koparko-ładowarka nie posiada obsługi etatowej, a zatem wywody odwołującego dotyczące kosztów jednostkowych pracy koparko-ładowarki (wliczając doń obsługę etatową) są błędne i bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty wskazał, że zarzut mechanicznego, jednolitego podawania cen sprzętu (str. 13 odwołania) został postawiony jakoby prezentowane w ofercie i wyjaśnianiach Wykonawcy koszty pracy sprzętu miały charakter sztuczny, o czym - w opinii odwołującego - ma świadczyć „jednolite, mechanicznie podane przez wykonawcę uniwersalne stawki.” Wyjaśniając podał, że przystępujący zamieścił w kosztorysie ofertowym identyczne koszty jednostkowe pracy koparko-ładowarki dla poszczególnych części zamówienia publicznego. Zastosowanie takiego sposobu kalkulacji kosztów pracy koparko-ładowarki jest w pełni uzasadnione i racjonalne, z uwagi na fakt, że obydwie części zamówienia publicznego dotyczą wymiany chodnika połoźnego na podobnych ulicach w obrębie dzielnicy Bielany, oraz z uwagi na istotne podobieństwo w wykonaniu prac w zakresie pierwszej i drugiej części zamówienia. Wykonawca nie znalazł podstaw do istotnego różnicowania kosztów pracy koparko-ładowarki na poszczególnych częściach robót. Zatem, zastosowanie do kalkulacji wartości oferty tożsamyh stawek pracy koparko- ładowarki na poszczególnych częściach zamówienia jest prawidłowe i uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu poprawy przez zamawiającego omyłek w ofercie podniósł, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, że w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z SIWZ. Do przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy co do



niezgodności treści jego oferty z SIWZ, czy istnienia pewności zamawiającego co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Na gruncie niniejszej sprawy wskazał, że omyłka poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczyła zmiany odległości wywiezienia przez wykonawcę gruzu i ziemi z 7 km na 30 km - jak wynikało to z postanowień SIWZ.

Nie ulega wątpliwości, że przedstawiając zamawiającemu kalkulację oferty wykonawca omyłkowo wskazał odległość wywozową sprzeczną z zapisami SIWZ. Intencją wykonawcy nie było bowiem złożenie nieprawidłowej oferty, tj. niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Konieczność sprostowania omyłki powstała w związku z błędnym skalkulowaniem kosztów przewiezienia odpadów przy przyjęciu odległości 7 km w sytuacji, w której zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca powinien skalkulować koszty wywozu przy uwzględnieniu odległości 30 km. Zastosowanie nieprawidłowej wyceny przy uwzględnieniu odległości 7 km nie było bowiem zamierzonym działaniem wykonawcy. Dodatkowo wskazał, że w odpowiedzi na pytanie zamawiającego o możliwość sprostowania omyłki, wykonawca udzielił odpowiedzi twierdzącej, jednoznacznie wyrażając zgodę na poprawienie rzeczony omyłki. Wobec powyższego należy stwierdzić, że na gruncie niniejszej sprawy wystąpiła omyłka w ofercie przejawiająca się niezgodnością treści oferty z SIWZ.

W zakresie pozostałych zarzutów, a w szczególności dotyczących kosztu pracy sprzętu podał, że zastosowane przez wykonawcę stawki kosztorysowe poszczególnych prac uwzględniają aktualną sytuację rynkową. Zaoferowana wycena Wykonawcy uwzględnia również zysk na poziomie 10% (dziesięciu procent). Wykonawca ogranicza koszt pracy koparki-ładowarki wskazując, że zamówienie publiczne będzie realizowane przy użyciu ekonomicznej i wydajnej koparki-ładowarki marki JCB 3CX oraz koparki-ładowarki marki Wacker Neuson ET-18. Wskazana koparko-ładowarka jest tzw. „koparką bezobsługową”, co oznacza, że nie posiada przypisanej obsługi etatowej. Do koparko-ładowarki nie jest przypisany stały, określony pracownik wykonujący pracę, lecz sprzęt może być użytkowany przez każdego członka brygady budowlanej posiadającego wymagane uprawnienia, w zależności od bieżącego zapotrzebowania. Wynagrodzenie pracowników obsługujących koparko-ładowarkę jest rozliczane wg norm za robociznę, zawartych w odrębnych pozycjach. Podstawowym składnikiem kosztów pracy koparko-ładowarki jest zużycie oleju napędowego, które wynosi w granicach 2-2,5 l ON/ na motogodzinę pracy. Dodatkowym czynnikiem wpływającym na obniżenie kosztu pracy jest okoliczność posiadania przez Wykonawcę zapasów oleju napędowego nabytego na preferencyjnych warunkach handlowych od firmy MARCO-OIL spółka z o.o. w ilości 4,9700 m<sup>3</sup> po cenie 3,129 zł netto /litr. Jeden z zarzutów odwołującego dotyczył nieuwzględnienia przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozycji „koszty zakupu doliczane do cen jednostkowych”. Odwołujący podniósł, że wykonawca

powinien wskazać takowe koszty, jak również zakwestionował okoliczność posiadania na stanie przez wykonawcę wszystkich surowców budowlanych niezbędnych do wykonania zamówienia - wskazując zarazem na znaczne ilości tonażowe/objętościowe poszczególnych surowców.

W odniesieniu do stanowiska przystępującego odwołujący odniósł się w piśmie procesowym złożonym bezpośrednio na posiedzeniu Izby. W przedmiotowym piśmie odwołujący uściśla swoje stanowisko zawarte w treści odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy uznała, iż odwołanie okazało się niezasadne nie mogło zostać uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Rozpoznanie odwołania nastąpiło w granicach podniesionych i podtrzymanych przez odwołującego zarzutów.

Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Cena rażąco niska wynika w szczególności ze złożenia oferty zawierającej cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej (podob. wyrok KIO 1391/20 z dnia 24 lipca 2020 roku, wyrok KIO 1651/20 z dnia 29 lipca 2020 r.). Dla uznania zaistnienia rażąco niskiej ceny niezbędne jest wykazanie, że za wynagrodzenie uzyskane od zamawiającego wykonawca nie będzie w stanie pokryć wszystkie koszty jego realizacji.

Wskazać należy, że pomimo tego, iż w wyniku nowelizacji Pzp w 2016 roku obowiązek dowodowy został przesunięty na wykonawcę, który winien wykazać, iż wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednakże zauważyć należy, że zgodnie przepisem art. 180 ust 3 Pzp to na wykonawcy wnoszącym odwołanie spoczywa ciężar wykazania i

uwiarygodnienia okoliczności mających uzasadnić podniesione w odwołaniu zarzuty. Izba stoi na stanowisku, że samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające, dla uwzględnienia zarzutu, lecz należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające.

W przedmiotowej sprawie odwołujący na uzasadnienie podniesionego zarzutu wskazał na kilka rodzajów kosztów, które jego zdaniem zostały wycenione na zbyt niskim poziomie. Zaistniałe dysproporcje pomiędzy kosztami rzeczywistymi, a tymi ujętymi w formularzu dotyczyły przede wszystkim kwestionowania kosztów pracy sprzętu, brak wykazania kosztów zakupu materiałów, a także kosztów pracy osób. Odwołujący kwestionując prawidłowość ustalenia kosztów w cenie ofertowej wskazywał także na kosztorysowy sposób wynagrodzenia za wykonanie umowy, a to powoduje sytuację, że wszystkie dane kalkulacyjne dotyczące wyceny danej pozycji KNR winny być w niej zawarte. W zakresie pracy sprzętu odwołujący skupił się na podanym koszcie za jedną motogodzinę pracy koparko-ładowarki, samochodu samowyładowczego do 5 ton oraz samochodu dostawczego do 0,9 ton. Odwołujący podkreślał, że te koszty wycenione na poziomie 20 – 25 zł za jedną motogodzinę są tak niskie, że nawet przy przyjęciu kosztu pracy operatora w stawce przyjętej przez przystępującego, to pozostała kwota nie wystarczy nawet na paliwo do tego typu sprzętu. Nadto podał – przedstawiając umowę przystępującego z zamawiającym z roku 2019 gdzie na wykonywanie niemalże identycznych robót te koszty zostały wycenione na poziomie kilkukrotnie wyższym. Nadto złożył jako dowód wyciąg ze stawek kosztu pracy sprzętu wg. Sekocenbudu gdzie wskazano, że zakładany koszt na III kwartał 2020, roku jednej motogodziny pracy spycharko-ładowarki lub koparko-ładowarki wynosi od 70 do 92 zł, koszt pracy samochodu dostawczego do 0,9 tony to cena średnia 71 zł za jedną motogodzinę, natomiast dla samochodu samowyładowczego do 5 ton - 102 zł.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Izba zauważa, że na pierwszy ogień ceny pracy sprzętu z oferty przystępującego są niskie i wydają się nierealne, aby za ich wysokość można było realizować w obecnym czasie przedmiotowe zamówienie. Jednakże Izba po wysłuchaniu stanowiska zamawiającego i przedłożonych wyliczeń uznała, że przy założonej technologii wykonywania robót ceny te mogą być jak najbardziej realne. Otóż zamawiający wykazał, że błędne są założenia odwołującego co do wykorzystywania sprzętu w trakcie dniówki roboczej. Otóż podał, że brygada przyjeżdża na plac budowy samochodem o wielkości w zależności od potrzeb, oraz na placu budowy znajdują się koparki. Sprzęt ten jest używany stosownie do potrzeb, tj. przykładowo koparka zrywa wierzchnią część dotychczasowego chodnika, wykopuje gruz, ziemię itp., urobek ten jest ładowany na samochody. Następnie brygada przystępuje do robót ręcznych układania kostki brukowej itd. Po ułożeniu kostki na przygotowanym gruncie, ponownie rozpoczyna się etap pracy koparko

ładowarki, itd. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że czas pracy sprzętu w czasie pracy brygady wynosi max. 1-2 godzin, ale jest liczony w kosztorysie za każdą godzinę pracy/postoju po podanej stawce. Tak więc faktyczna godzina pracy sprzętu wynosi od 80 – 160 zł. Podkreślić należy, że obsługę sprzętu wykonują pracownicy brygady roboczej, którzy – jak podał przystępujący posiadają uprawnienia do obsługi ww. sprzętu, a więc niezasadne jest wyliczanie kosztów pracy operatorów, gdyż operatorem jest pracownik brygady, a nie dodatkowa osoba dedykowana do pracy tylko jako operator sprzętu. Przy takim systemie pracy, również zużycie paliwa przez sprzęt jest minimalne – rozkładając je na czas pracy brygady.

Nadto odwołujący podniósł, że również koszt pracy pracowników, który został ustalony na poziomie 17 zł na godzinę jest nierealny, aby w dzisiejszym czasie można było znaleźć pracownika za tę stawkę wynagrodzenia. Jednakże odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów, dotyczących faktycznej stawki wynagrodzenia, dla tego typu grup zawodowych za jaką możliwe jest ich zatrudnienie na terenie Warszawy. Izba podkreśla, że w sytuacji braków dowodów przeciwnych ze strony odwołującego uznała powyższe koszty za realne, gdyż mieszczą się w stawce minimalnego wynagrodzenia na rok bieżący.

Kolejną grupą kosztów kwestionowanych przez odwołującego były koszty zakupu materiałów. Odwołujący wskazał iż, według niego, koszty zakupu wynoszą od 8% do 11%, natomiast przystępujący wycenił tą pozycję na 0%. Podniósł, że jest to kwota nierealna, chociażby z dwóch powodów. Po pierwsze, jeżeli nawet wykonawca ma już na placu pewien zapas materiałów, to jednak na ich dowiezienie były poniesione koszty, a po drugie występują jeszcze koszty dowozu towarów z magazynu, składu Przystępującego na miejsce budowy, czyli jest to koszt załadunku i transportu na miejsce budowy, a Przystępujący te koszty wyceniana 0 zł.

Izba oceniając powyższe uznała za możliwy do przyjęcia jest sposób wliczenia kosztów zakupu do kosztu nabycia materiałów - tak jak podał zamawiający. Z treści SIWZ nigdzie nie wynikał zakaz takiego łączenia kosztów. Tym samym, jeżeli koszty zakupu zostały doliczone do kosztów materiałów to faktem jest, że zamawiający nie mógł ich ponownie wykazywać w pozycji „koszty zakupu”. Dlatego też ta pozycja została wyceniona na „0”. W zakresie kolejnej grupy kosztów, których wielkość była kwestionowana przez odwołującego był koszt zakupu paliwa. Izba uznała je za niezasadne, gdyż przystępujący wykazał przykładową fakturę z m-c września, iż koszt zakupu 1 litra olej napędowego netto wynosi dla niego 3,12 zł, a więc jest nawet niższa niż ta która została przyjęta do kosztorysu.

Kolejnym zarzutem odwołującego była kwestia niezasadnej poprawy przez zamawiającego kosztorysu ofertowego poprzez zastąpienie odległości 7 km, na jaką ma być

wywożony gruz i ziemia z terenu budowy na odległość 30 km. Zdaniem odwołującego, podana w ofercie odległość jest odległością pomiędzy miejscem robót, a bazą przystępującego i odległość wskazana nie jest omyłką, ale wynikiem celowego działania Hosty. Jednakże, z analizy treści załącznika do SIWZ jednoznacznie wynika, że wykonawcy do kalkulacji ceny oferty winni byli przyjąć odległość 30 km. Tym samym Izba uznała, że w takich okolicznościach zamawiający był zobowiązany do poprawy omyłki i uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny.

Izba uznała, że nieprzekonywujące są twierdzenia przystępującego, że cały materiał do wykonania przedmiotowego zamówienia posiada już na swoim składzie magazynowym. Zdaniem Izby, wykonawca posiada na swoim stanie magazynowym zapasy materiałowe, ale trudno uznać, iż były one nabyte dla celów tego postępowania, gdy nabycie części z nich, nastąpiło jeszcze przed wyborem oferty Hosty. Kwestia ta nie została wykazana dla potwierdzenia zarzutu przez odwołującego. Ponadto stanowiła ona pewien element poboczny nie istotny dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż tak jak np. w przypadku zakupu paliwa, przystępujący te towary być może obecnie nabyć za cenę niższą niż ta podana w ofercie.

Izba oceniając merytorycznie podniesione zarzuty jak i oceniając dowody przedstawione w tym zakresie uznała, że odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne - wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17. Odwołujący, zdaniem Izby nie podważył skutecznie wiarygodności złożonych wyjaśnień. Nadto należy mieć na względzie kwestię, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty wykonawcy dopiero w sytuacji, kiedy w sposób nie budzący wątpliwości uzyska informacje potwierdzone dowodowo, że oferta winna być odrzucona w oparciu o podstawy wskazane w przepisie art. 89 ust.1 Pzp, co w tym przypadku nie miało miejsca. Nadto zauważyć należy, że wykonawca wezwany do wyjaśnień składa je zamawiającemu i te wyjaśnienia winny przekonać zamawiającego, a niekoniecznie innego wykonawcę.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania, ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....